

Des Sociétés commerciales en participation

THÈSE DE DOCTORAT (Sciences Juridiques)

Présentée et soutenue le mercredi 26 Janvier 1916 à 1 h. 1/2

PAR

Juliu-C. VALCANESCOU

Président : M. LYON-CAEN, professeur

Suffragants { MM. MASSIGLI, professeur
CAPITANT, professeur

PARIS

JOUVE & C^{ie}, ÉDITEURS

15, Rue Racine (VI^e)

1916

FACULTÉ DES LETTRES DE L'UNIVERSITÉ DE PARIS

Des Sociétés commerciales
en participation

THÈSE
POUR
LE DOCTORAT

PRÉSENTÉE PAR

M. JULES GUYOT

DOCTEUR EN LETTRES

PARIS

1900

THÈSE N° 100

A PARIS



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41551627_0010

Des Sociétés commerciales en participation

THÈSE DE DOCTORAT (Sciences Juridiques)

Présentée et soutenue le mercredi 26 Janvier 1916 à 1 h. 1/2

PAR

Juliu-C. VALCANESCOU



Président : M. LYON-CAEN, professeur

Suffragants { MM. MASSIGLI, professeur
CAPITANT, professeur

PARIS

JOUVE & C^{ie}, ÉDITEURS

15, Rue Racine (VI^e)

1916

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

Des Sociétés commerciales en participation

INTRODUCTION

Souvent, il arrive que plusieurs personnes s'associent pour faire une affaire ou une série d'affaires. Mais, soit que l'affaire soit pressante et qu'on n'ait pas le temps de dresser un acte, soit que les personnes en question désirent ne pas être connues, pour ne pas éveiller la concurrence, soit que les formalités légales prescrites, en général, pour les sociétés de commerce leur paraissent trop coûteuses, soit que le commerçant qui conduira l'affaire n'ait pas besoin de s'adresser au crédit public, ils font une société en participation.

Un gérant conduit l'affaire ou la série d'affaires en son nom, et à la fin, il présente à ses coparticipants le compte des profits ou des pertes et ils se répartissent entre les associés.

C'est ce contrat que nous nous proposons d'étudier.

Les dispositions du Code de commerce concernant la société en participation sont peu nombreuses.

Quatre articles y sont consacrés.

ARTICLE 47. — Indépendamment des trois espèces de sociétés ci-dessus, la loi reconnaît les associations commerciales en participation.

ARTICLE 48. — Ces associations sont relatives à une ou plusieurs opérations de commerce : elles ont lieu pour les objets, dans les formes, avec les propositions d'intérêt et aux conditions convenues entre les participants.

ARTICLE 49. — Les associations en participation peuvent être constatées par la représentation des livres, de la correspondance ou par la preuve testimoniale, si le tribunal juge qu'elle peut être admise.

ARTICLE 50. — Les associations commerciales en participation ne sont pas sujettes aux formalités prescrites pour les autres sociétés.

CHAPITRE PREMIER

INTRODUCTION HISTORIQUE

§ 1. — *L'esprit d'association*

L'association est un levier qui décuple les forces humaines.

L'homme s'est rendu compte que, s'il est seul, ses efforts sont improductifs, tandis que, dès qu'il peut rassembler autour de lui plusieurs de ses semblables, la nature devient féconde. Mais l'esprit d'association n'a pas été toujours favorisé. Dans les sociétés gouvernées par une caste sacerdotale, ou par des despotes, tout essai d'association était regardé comme tendant à détruire et à usurper le pouvoir de ces gouvernants.

On rencontre les premiers vestiges d'associations commerciales, les seules qui nous intéressent ici, dans les anciennes républiques maritimes : Tyr, Carthagène, etc. On dit que les Phéniciens sillonnaient avec leurs navires toutes les mers connues à leur époque. Ils faisaient le commerce de l'Inde par terre et par mer, ayant contourné l'Afrique avant Magellan. On prétend qu'ils ont poussé leurs voyages jusqu'au Mexique (1). Par terre, le commerce se faisait à l'aide des caravanes dont les départs périodiques donnaient lieu à des associations pour l'achat des marchandises de troc, des bêtes de somme destinées à les transporter, etc. Ces associations étaient temporaires et ne concernaient qu'une seule affaire. Il en était de même chez les Égyptiens et plus tard chez les Carthaginois.

1. E. Fliquet, *Histoire de l'association commerciale*, p. 49.

L'association chez les Grecs (1).

Les cités grecques ne se livraient pas de façon très intense au commerce, sauf la république athénienne, qui, par sa situation maritime, y était naturellement portée. Les autres cités étaient tributaires des Phéniciens.

L'antiquité grecque n'a pas connu les grandes compagnies maritimes des temps modernes. Les sociétés par actions n'existaient pas, et l'assurance paraît ne pas avoir été connue. Mais, pour éviter les risques du commerce maritime, on avait imaginé une combinaison propre à éviter aux bailleurs de fonds le risque de pertes considérables. Plusieurs bailleurs de fonds prêtaient des petites sommes pour la même entreprise, ou, si le prêteur ne voulait pas avoir beaucoup de prêteurs, il traitait avec un commanditaire, et celui-ci à son tour traitait avec les participants, avec qui il était lié par contrat, et à qui il rendait compte des pertes et des bénéfices.

C'est la société en participation des temps modernes. On prétend que l'auteur de cette combinaison serait Solon. Hésiode recommandait à ses contemporains de ne pas mettre toute leur fortune sur les navires. L'auteur des *Économiques* (*Æconom*, 1, 6, § 2) donne également le conseil de diviser ses capitaux, pour ne pas s'exposer à les perdre tous en

1. Beauchet, *Droit privé de la république athénienne*, p. 368 et s.

une fois. Ainsi, comme le dit Dareste (1) « voit-on d'ordinaire les parties d'un chargement affectées à des prêts différents. Il y a plus ; on s'associe pour prêter en commun, ou bien on prête seul, mais on admet en participation un associé dont le nom ne figure pas au contrat ».

Ces associations avaient un caractère tout spécial et provisoire. « L'étendue du marché, dit Brandts (2), mesure l'emploi du capital. Le marché antique, ni par ses débouchés, ni par sa sécurité, ne justifiait encore ces grandes opérations que peut seule faire naître et prospérer la solidarité internationale. »

L'association des capitaux jouait encore un rôle important dans l'exploitation des mines, assez répandues en Attique, dans le Laurium. Les auteurs ne sont pas d'accord sur la manière dont cette exploitation était organisée. Les uns prétendent qu'on s'associait seulement pour trouver le filon et que, une fois celui-ci trouvé, le concessionnaire continuait seul l'exploitation ; d'autres prétendent, et avec plus de raison, que l'association continuait l'exploitation jusqu'à l'épuisement de la mine et que les associés partageaient les profits ou les pertes. Le contrat était d'ordinaire écrit, et s'il s'agissait d'une affaire très importante, on prenait soin de la graver sur la pierre.

1. Dareste, *Prêt à la grosse*, p. 12.

2. Brandts, *les Sociétés commerciales*, p. 116 (cité par Beauchet, *Droit privé de la république athénienne*, p. 368).

*Les associations en participation chez les Romains
et en Italie*

A Rome, le commerce et l'industrie ne furent pas toujours en honneur. Les anciens Romains partageaient leur vie entre le forum et la guerre ; ils comptaient, cependant, l'agriculture parmi les occupations nobles, parce que leur esprit d'indépendance y trouvait une sauvegarde. Le commerce, l'industrie, les banques étaient aux mains des esclaves ; bien que les Romains y fussent intéressés indirectement, on n'oserait dire que c'étaient des sociétés. Mais, avec le temps, les idées changèrent. Ayant conquis tout le monde méditerranéen, les Romains, avec leur esprit organisateur, empruntèrent et perfectionnèrent les institutions des peuples conquis. Ils s'adonnèrent au commerce et à l'industrie. Même, quelque temps après les guerres puniques, sur l'initiative des tribuns du peuple, on dut voter une loi qui défendait aux sénateurs les spéculations mercantiles. Les sociétés commencèrent alors à prendre leur essor. Les gouvernants avaient l'habitude d'affermir les impôts. De grandes sociétés se formèrent pour exploiter ces concessions.

Ces sociétés de publicains étaient constituées de la même façon que les sociétés en participation de notre temps. Le concessionnaire de l'impôt ayant besoin de capitaux énormes, faisait appel à des par-

ticipants. De grands hommes politiques y étaient mêlés (1).

Le droit de Justinien garde le souvenir d'une organisation de son temps, qui était une sorte de participation. Dans le Digeste (L. 19, 21 *pro socio* XVII, 2), on voit une très bonne définition d'une société en participation dans le modèle de l'article 1861 du Code civil. Il s'agit de la part qu'un associé peut céder à un tiers sans le consentement de ses co-associés : *Qui admittitur socius, ei tantum socius est, qui admisit ; et recte : quum enim societas consensu contrahatur, socius mihi esse non potest, quem ego socium esse nolui : quid ego, si socius meus eum admisit ? Ei soli socius est. Nam socii mei socius meos socius non est.*

Le droit du participant ne s'ouvrait qu'au moment de la liquidation. Jusqu'alors, il n'était qu'un représentant, un mandataire. Le mot *particeps* signifie « celui qui prend part dans l'affaire commune ». La transition entre la participation à la part d'un associé dans une société et la vraie société en participation, n'est que très facile et très logique.

Le mot *particeps* change d'acception et devient « celui qui prend part à l'affaire d'un autre ».

Les Romains, à l'époque de la décadence, aimaient le luxe et l'oisiveté. D'innombrables navires sillonnaient les mers pour apporter à Rome toutes les marchandises dont les Romains avaient besoin. Un

1. On raconte que Atticus, l'ami de Cicéron, avait des intérêts dans ces sociétés (Cornélius Nepos. C. 6).

nouveau contrat prit un grand essor : le prêt à la grosse aventure.

Les invasions des barbares bouleversèrent tout. Le christianisme, avec les débris des institutions romaines et le régime militaire des envahisseurs, donna naissance à la féodalité. Cette société menait une vie sobre. La famille se suffisait à elle-même. Aucun besoin de commerce extérieur ne se faisait sentir. Tout ce dont la famille avait besoin était confectionné dans la maison par l'épouse aidée des serfs. En outre, les routes n'étaient pas sûres (1). Pour se rendre aux foires, les grands centres industriels et commerciaux du moyen âge, les marchands s'associaient et formaient de puissantes caravanes. Mais chaque marchand, outre qu'il faisait partie de la société, pouvait prendre à un tiers une pacotille (2) pour la faire fructifier.

1. Les nobles étaient responsables en partie de cet état de choses.

Le passage suivant le montre :

« Le long des fleuves, dans les défilés des montagnes, au sommet des collines, partout où se rencontrait une position stratégique et dominante, s'élevaient des châteaux, du haut desquels ces prétendus seigneurs guettaient leur proie... Ces bandits titrés interceptaient les communications et tendaient à ramener le commerce aux temps les plus désastreux de la barbarie » (Flignet, *Histoire de l'association commerciale*, p. 128).

2. C'était une société en commandite, par laquelle une personne confiait à une autre des marchandises et partageait avec elle le profit. C'était ce que les Italiens appelaient *accommoda*. Quelquefois, celui qui exerçait l'industrie, pour n'être pas exposé à travailler en vain et dans le cas où il n'arriverait pas à faire ses affaires, spécifiait d'avance un tant pour cent, quoi qu'il pût advenir. C'est ce que les Italiens appelaient *implicita*.

Les marchands ne pouvant pas se procurer l'argent nécessaire, pour faire leur commerce, par le prêt à intérêt, qui était prohibé par les lois canoniques, formaient des sociétés avec les capitalistes qui leur procuraient les fonds. Ces capitalistes, pour échapper à tout risque, imaginèrent une combinaison sous le nom de « triple contrat » (1).

Quand ces capitalistes, qui étaient en grand partie des nobles, n'employaient pas le système du triple contrat, ils aimaient mieux faire une société en participation, dans laquelle ils étaient parfaitement cachés, et ne risquaient pas de déroger, que de faire une société en commandite.

Ce contrat, en Italie, porte le nom de *commenda*. La *commenda* était très fréquente. Le *commendator* versait le capital, et le *tractator* se servait de ce capital pour l'exploitation industrielle, en particulier le commerce maritime, mais plus tard aussi dans le commerce de banque. De ce contrat est sorti la société en participation (2).

Les auteurs italiens et la jurisprudence du temps confondent la *participation* avec la *accomenda* (3).

1. *Celebrando inter se virtualiter tres contractus : primus quorum est societatis, in quam unus conferat pecuniam et alius operam et industriam; secundus, quois, qui conferit operam, assecuret pecuniam alterius, justo pretio accepto, aut altero tanto ex lucro remisso : tertius ut ad tollendas suspiciones et molestias rationum et computorum, qui operam præstat, lucrum incertum lucro adimo redimat* (Scaccia, *De commercio et cambio*, § 3. gl. 3, n° 36).

2. En ce sens : Cosack, *Droit commercial*, t. III, p. 84, § III et la note.

3. Les statuts de Florence l'appellent *accomandita propria*.

On peut voir les variations de la jurisprudence italienne sur les sociétés en participation, dans les notes de Straccha sur les arrêts de la rote de Gênes. D'abord il refuse d'appliquer aux participants inactifs la responsabilité des actes de l'associé qui agit ; puis, il reconnaît quelque identité entre le participant et le gérant, et enfin il ne fait aucune différence :

Revera hæc duo nomina, socius et particeps, in alio non dissentiunt quam nomine. Effectu enim in omnibus concordant (1).

Les sociétés en participation en France

A la fin du moyen âge, le commerce maritime avait atteint un développement considérable.

A ce moment, les villes maritimes italiennes rivalisent par l'abondance des richesses accumulées.

La cité des lagunes, avec ses palais en marbre et ses richesses artistiques est le témoin des splendeurs qui ont régné. Les nobles italiens, descendants des fermiers républicains, laissant de côté les idées de noblesse, fondent des sociétés gigantesques et accaparent le commerce de l'Europe entière ; les tentacules de ces banques enlacent de telle manière toute entreprise commerciale et industrielle européenne que les rois de France et d'Angleterre désirant doter

1. Cité par Troplong, t. I, n° 385 : *Du contrat de société civile et commerciale*.

leurs pays de semblables institutions, cherchent par toutes sortes de concessions à attirer chez eux les banquiers italiens. Leurs efforts sont couronnés de succès et les sociétés commerciales, surtout à Paris, commencent à se montrer. Mais, comme les associés étaient exposés à beaucoup de vexations de la part des banquiers lombards surtout, le roi de France ordonna la réglementation des sociétés (1).

L'ordonnance de 1673, tout en légiférant sur les autres sociétés, ne fait aucune mention de la société en participation.

Toutefois, cela n'a pas été fait par oubli, mais avec intention pour garder intact le caractère de cette société et surtout parce que cette société n'intéressait pas le public : il ne la connaît pas. Les commentateurs de l'ordonnance de 1673 nous indiquent les

1. Pour attirer la richesse en France, Louis XIV promulgue une ordonnance le 13 août 1669 : « Comme le commerce et particulièrement celui qui se fait par mer est la source féconde qui apporte l'abondance dans les États et la répand sur les sujets à proportion de leur industrie et de leur travail, qu'il n'y a point de moyen pour acquérir du bien, qui soit plus innocent et plus légitime, aussi a-t-il toujours été en grande considération parmi les nations les mieux polies... Il soit ordonné que toutes personnes de quelques qualités qu'elles soient y pourront entrer et participer... (L'édit de mai et août 1664 avait établi les compagnies de commerce des Indes orientales et occidentales)... sans déroger à la noblesse, ni préjudicier aux privilèges d'icelle ; néanmoins, comme il importe aux biens de nos sujets et à notre propre satisfaction d'effacer entièrement les restes d'une opinion qui s'est universellement répandue que le commerce maritime est incompatible avec la noblesse et qu'il en détruit les privilèges, nous avons estimé à propos de faire entendre notre intention sur ce sujet et de déclarer le commerce de mer ne pas déroger à la noblesse ; etc... »

caractères de cette société. Savary, qui a pris une part très importante à la rédaction de cette ordonnance, dit, en parlant de la troisième sorte de société, c'est-à-dire de la société en participation, qu'elle s'appelle anonyme parce qu'elle est sans nom ; qu'elle n'est connue de personne, comme n'étant d'aucune importance pour le public de quelque façon que ce soit. Tout ce qui se fait, ajoute-t-il, ne regarde que les associés chacun en droit soi, de sorte que celui des associés qui achète, est celui qui s'oblige, qui paye au vendeur ; celui qui vend reçoit de l'acheteur ; ils ne s'obligent point tous deux ensemble envers une tierce personne (1).

Il donne une série d'exemples que nous esquisserons brièvement.

Il arrive un navire chargé de toutes sortes de marchandises. Un négociant demande à un autre de participer avec lui à l'achat et à la vente des marchandises de la cargaison. Le demandeur ayant une réponse affirmative fait l'affaire, et à la fin rend à l'autre compte des profits ou des pertes. Savary appelle ce contrat compte en participation. Cette société anonyme ne regarde point le public, mais seulement les deux associés ; aussi n'est-il pas nécessaire de faire enregistrer les conditions consignées dans la correspondance portant la constitution de cette société.

1. Savary, *le Parfait négociant*, seconde partie, p. 25.

Dans le deuxième cas dont parle Savary, il s'agit de marchands qui se rendent aux foires et marchés, pour acheter la même espèce de marchandise. Afin de ne pas surenchérir les uns les autres, ils conviennent à trois ou quatre de s'associer, pour l'achat des marchandises pendant la foire, pour les partager et les lotir entre eux dans les proportions, dont ils seront convenus. Ces sortes de sociétés se font verbalement. Savary donne comme exemple les commissionnaires hollandais qui viennent en France pour acheter des vins et des eaux-de-vie.

Quand les marchandises sont rares, continue-t-il, les marchands font des sociétés anonymes ou inconnues ; et, après avoir accaparé toutes ces marchandises, ils les portent aux foires et mettent les prix qu'ils veulent. Ceux qui veulent acheter doivent passer par leurs mains.

Enfin, dans le quatrième exemple donné par Savary, il s'agit de la société anonyme ou inconnue qui se forme lorsque des négociants s'aperçoivent que dans tel endroit une marchandise est extrêmement chère et dans tel autre bon marché. Ils envoient alors l'un d'eux dans ce dernier lieu pour faire l'achat.

Savary, par ces exemples, ne veut pas dire que les sociétés en participation ne peuvent se conclure que dans ces quatre cas. Ces exemples qu'il donne, peuvent s'adapter à d'autres situations semblables, la nature juridique de la société étant la même. Enfin, Savary termine l'analyse de ces sociétés en notant qu'elles ne se font pas exclusivement entre mar-

chands ; des personnes de qualité y prennent part lorsqu'elles voient là une bonne source de profits. Ces participations « ne leur sont point déshonorables ».

Jousse (1), en commentant lui aussi l'ordonnance de 1673, dit que la troisième espèce de société est celle qu'on appelle anonyme, puisqu'elle se fait sans aucun nom. Ceux qui font ensemble cette société travaillent chacun de leur côté, sous leurs noms particuliers, et à la fin ils se rendent réciproquement compte des profits et des pertes. Le commentateur ajoute que, le plus souvent, ces sociétés sont verbales et qu'elles ne durent que le temps d'accomplir l'affaire pour laquelle elles ont été conclues, car ordinairement elles n'ont comme objet qu'une seule affaire.

Par différents exemples, Jousse met en relief les principaux caractères des sociétés dont il parle (2).

Nous avons essayé de montrer la marche de cette institution depuis les temps les plus reculés, jusqu'au Code de commerce de 1807 qui s'est occupé de la

1. Jousse, *Commentaire sur l'ordonnance du mois de mars 1673*, p. 78.

2. V. Alauzet, *Commentaire du Code de commerce*, t. I, n° 406 : « Les associations en participation usitées dans le moyen âge, mais mal définies, et souvent confondues avec les commandites, ainsi que le Code allemand l'a fait de nos jours, n'ont jamais été abandonnées par la pratique commerciale ; elles étaient connues dans l'ancienne jurisprudence française quoique l'ordonnance de 1673 n'en ait fait aucune mention et désignées sous le nom de sociétés anonymes V. aussi Dalloz, *Rép.* V° Société, n°s 1598 et suiv.).

société en participation, à la différence de l'ordonnance de 1673, mais d'une façon très incomplète.

CHAPITRE II

LA SOCIÉTÉ EN PARTICIPATION DANS LE CODE DE COMMERCE DE 1807

La société en participation est-elle une société?

Avant de déterminer les caractères distinctifs de cette société, il faut savoir si elle est ou non une société.

Certains auteurs soutiennent que l'association en participation n'est pas une société. Ils invoquent la dénomination d'« association », que le Code de commerce lui donne (V. l'art. 47 C. com.). Un fait leur vient aussi en aide : la loi, dans l'article 19 du Code de commerce n'énumère que trois espèces de sociétés et passe sous silence la participation. Troplong explique cette omission, comme une continuation des idées qui régnaient sous l'ordonnance de 1673, qui était muette sur ce genre d'association (1).

1. Troplong, *Contrat de société*, t. I, p. 45a.

Boistel dit que les associations en participation ressemblent aux sociétés par le fait qu'il y a partage de bénéfices et de pertes ; mais qu'elles en diffèrent en ce qu'il n'existe pas de collaboration active, soit par le concours personnel, soit par le concours du crédit (1). Il ajoute que si l'association en participation est rangée parmi les sociétés, c'est parce qu'elle présente avec ces dernières certaines analogies et que les anciens commentateurs en parlaient à ce propos ; mais déjà ceux-ci indiquaient de notables différences et les articles 47-50 du Code de commerce sont consacrés aussi à en signaler.

Alauzet (2) soutient aussi que l'association en participation ne doit pas être considérée comme une société. Il lui manque, dit-il, la communauté d'intérêts, qui forme la base des sociétés. Le patrimoine, qui appartient à l'être moral, en est le trait caractéristique. Dans l'association en participation chacune des parties garde son individualité parfaitement distincte. Pardessus (3) est du même avis.

Mais il existe une autre opinion partagée par la majorité des auteurs et d'après laquelle la société en participation est une véritable société. Le Code de commerce inscrivant, sous le titre des sociétés, les articles la concernant, montre qu'il la considère comme telle. L'article 47 du Code de commerce

1. Boistel, *Précis de droit commercial*, 2^e éd., nos 365, 367 et s. et note.

2. Alauzet, *Commentaire du Code de commerce*, nos 246 et 247.

3. Pardessus, *Cours de droit commercial*, t. IV, n° 1045.

dispose : *Indépendamment des trois espèces de sociétés ci-dessus, la loi reconnaît les associations commerciales (1) en participation.*

Il y a dans l'article 50 du Code commercial deux mots qui précisent parfaitement la pensée des auteurs de la loi :

Les associations commerciales en participation ne sont pas sujettes aux formalités prescrites pour les autres sociétés.

En répondant à l'objection d'Alauzet, Paul Pont dit qu'il n'y a pas à se préoccuper de la propriété des apports ; que les coparticipants en soient copropriétaires, qu'ils appartiennent en totalité à l'un d'eux, ou même qu'ils restent fractionnés entre les mains des associés, la participation est, dans tous les cas, une société véritable. « Il faut s'entendre sur la portée de cette disposition. Au point de vue du droit, aussi bien qu'au point de vue économique, qu'est-ce en réalité qu'une société ? C'est la combinaison de forces, ou en termes d'économie politique, de capitaux destinés à être employés dans un intérêt commun, comme susceptibles de produire par leur réunion même, des résultats que l'action individuelle et isolée des associés serait impuissante à procurer.

« Ce qui caractérise la société, c'est donc l'emploi, pour l'utilité commune, des capitaux (argent, fonds

1. Le mot « commerciale » est de trop, puisque la société en participation peut avoir un objet civil.

de terme, crédit, industrie, etc.) que chacun des associés met à la disposition de l'association. Qu'importe dès lors la situation des capitaux apportés, du moment qu'ils doivent être employés dans l'intérêt de tous, et qu'ainsi, peut être atteint le but en vue duquel l'association s'est formée ? Et il ne faut pas dire que ces affirmations absolument conformes aux données de la science sont en dehors de la législation positive et condamnées par la loi civile ou commerciale ; on en trouve, au contraire, la confirmation dans l'économie même de la loi. Est-ce qu'il y a copropriété des apports dans les autres sociétés ? Non ! Pourquoi l'association en participation perdrait-elle ce caractère de société dans le cas où la propriété de la masse a été transférée au gérant ?

« L'analogie est complète. Ce qui importe, c'est que l'apport soit employé dans l'intérêt commun (1). »

Pardessus (2), dans une consultation, soutient que, non seulement l'association en participation est une société, mais que cette société forme une personnalité morale, avec un patrimoine formé des apports des participants. Merlin aussi, dans des consultations sur lesquelles a été rendu un arrêt du 28 mars 1815, soutient les mêmes idées. Quant à ceux qui invoquent la dénomination d'« asso-

1. Paul Pont, *op. cit.*, n° 1779. — V. aussi Lyon-Caen et Renault, *Manuel de droit commercial*, 8 éd., p. 240, note 2.

2. V. S. 31. 2. 202 ; D. 31. 2. 127.

ciation » donnée par le Code à cette société on peut répondre que cela ne veut pas dire que le Code ne la considère pas comme une société (1), mais bien qu'il ne veut pas confondre dans une seule dénomination deux choses différentes : la société fiction et la société contrat. L'association est la dénomination générique. Les autres sociétés sont aussi des associations, mais avec des caractères propres bien définis par la loi, tandis que la participation est restée sous l'empire du droit naturel (2).

Quoi qu'il en soit, il faut reconnaître avec Delangle (3) qu'il y a une différence entre la société en participation et les autres sociétés. Tandis que ces dernières font connaître par la publicité leur naissance, leurs conditions de fonctionnement et leur mort, les premières ne sont connues que par les associés. Elles sont occultes. Dès que la publicité les touche, elles changent de nature, comme des composés chimiques qui s'altèrent par le contact avec la lumière.

En définitive, la participation est bien une société. L'ancien droit grec et l'ancien droit romain l'ont reconnu.

1. V. sur l'idée, si la société en participation forme un être moral, p. 12. Pardessus qualifie de « misérable » l'argument de ceux qui se servent du terme d' « association » pour démontrer qu'il ne s'agit pas d'une société. (V. S. 34. 1.603).

2. En ce sens : Delamarre et Lepoitvin, *Droit commercial*, t. VI, p. 222 et suiv.

3. Delangle, *Sociétés commerciales*, t. II, n° 600 et suiv.

L'ancien droit français, lui, a reconnu l'existence, bien que l'ordonnance de 1673 l'ait passée sous silence. La majorité des auteurs et la jurisprudence aussi est de cette opinion. Nous nous y rallions.

*Le caractère propre à la société en participation.
La société est occulte.*

On a soutenu que la société en participation se distingue des autres sociétés par le fait que son patrimoine appartient à chaque associé, tandis que les autres sociétés forment une personnalité morale à qui le patrimoine social appartient (1).

Certains auteurs ont soutenu que le caractère essentiel de la société en participation réside dans son objet.

Le caractère propre d'une association en participation, dit Pardessus, est d'être relative à un ou plusieurs actes de commerce dont l'objet est né au moment où les parties font leur convention, et de ne pas se prolonger au delà du temps nécessaire pour les achever (2).

Delangle pousse les choses un peu plus loin, et dit que la réunion n'a que la durée de *l'affaire entreprise*, DE CETTE SEULE AFFAIRE (3).

1. Troplong, *Sociétés commerciales*, t. I, p. 463, n° 500.

2. Pardessus, *Cours de droit commercial*, t. IV, n° 1046, p. 143.

— En ce sens : Paul Pont, *op. cit.*, t. II, n° 1337. — Delangle, *op. cit.*, t. I, n° 212.

3. Delangle, *op. cit.*, t. II, n° 592.

Pour soutenir que le caractère de la société en participation est son objet, on invoque aussi les travaux préparatoires du Code de commerce. Treilhard avait demandé pourquoi les associations en participation n'avaient pas été comprises comme un quatrième genre de société dans l'article 20 (19 C. comm.) et Regnault de Saint-Jean-d'Angély reconnut qu'il y avait à cela une juste raison : c'est que l'association en participation n'est qu'un marché d'un moment relatif à quelque opération passagère et qu'en cela, elle diffère de la société, dont le lien plus durable forme entre les associés une communauté d'intérêt continu (1).

Les auteurs cités sont visiblement influencés par les écrivains qui ont commenté l'ordonnance de 1673. Jousse (2), parlant des sociétés en participation, dit : « Ces sociétés sont le plus souvent verbales et comme elles n'ont *quelquefois* pour objet qu'une seule entreprise, elles ne durent que le temps qu'il faut, etc. ». Savary (3) aussi, dit que ce sont des sociétés momentanées et un peu plus loin, dans les exemples qu'il donne, on voit qu'il énumère quatre sortes d'affaires de courte durée. La jurisprudence de la première moitié du xix^e siècle reflète les idées du temps.

Le caractère essentiel de la société en participa-

1. Locré, t. XVII, p. 309.

2. Jousse, *op. cit.*, p. 222.

3. Savary, *op. cit.*, p. 390 et suiv.

tion, d'après elle, consiste dans l'unité d'objet, déterminé d'avance. Ainsi, la Cour de Poitiers a jugé que la société faite entre plusieurs personnes pour fabriquer une pompe pour soutirer le vin, est une société en participation, puisqu'elle s'applique à un objet unique, à une seule opération déterminée d'avance (1).

Dans cet arrêt, ce qui préoccupe les juges, c'est l'unité de l'objet, « quelles que soient les clauses et stipulations insérées dans l'acte qui constitue la société ». Par contre, dès qu'une société envisage une série d'opérations, une branche d'industrie ou de commerce, non « une ou plusieurs opérations », la jurisprudence décide que la société n'a pas le caractère de participation, et qu'elle forme une société en nom collectif. Ainsi, il a été jugé, par la Cour de Bordeaux, que la société en participation constituée pour le commerce d'animaux, par conséquent embrassant une branche entière de commerce, n'en est pas une (2).

Nous pouvons conclure que l'idée dominante de la jurisprudence des cours et des tribunaux, dans la première moitié du siècle passé, est que la société en participation, comme la société momentanée du Code belge (art. 108), ne peut embrasser qu'une ou plusieurs opérations déterminées.

1. Poitiers, 11 mai 1825. S. 1826. 2. 77. — V. aussi Paris, 29 janv. 1841. D. 41.2.128.

2. Bordeaux, 5 mai 1829. S. 29.2.352. — V. aussi Grenoble, 9 juill. 1831. D. 32.7.142. — V. en sens contraire, S. 40.1.19 note.

Mais l'objet de la société en participation défini par les termes « une ou plusieurs opérations déterminées », restait imprécis, et on a pensé à le limiter, à le définir plus précisément ; et le meilleur moyen a été d'employer le temps comme commune mesure, le temps dans lequel les « plusieurs opérations » seront exécutées. Cette idée nouvelle fait apparaître dans les arrêts cette note distinctive : LE TEMPS RESTREINT ET CIRCONSCRIT. Conformément à la restriction énoncée, il a été décidé que l'exploitation d'un brevet d'invention *circonscrit dans un certain nombre d'années*, forme l'objet d'une société en participation (1).

La Cour de cassation avait, cependant, une conception tout autre. Pour elle aussi, le caractère essentiel de la société en participation consistait dans son objet, dans l'unité de l'objet, mais cette unité pouvait embrasser la série entière d'une branche d'industrie ou de commerce, sans aucune limitation en temps. Ainsi on voit un arrêt, qui décide que l'exploitation d'un établissement de bains publics peut, parfaitement former l'objet d'une société en participation ; aussi pour l'exploitation d'une mine ; d'une maison de commission ; d'un palais de monnaies, etc. (2).

1. Amiens, 18 janvier 1843. S. 45. 2. 362.

2. Cass., 5 juil. 1825. D. 25. 1. 354. — V. pour l'exploitation de mine : Cass., 30 avril 1826 ; pour l'exploitation d'une maison de commission : Cass., 8 juil. 1832. S. 33. 1. 476 ; pour des équipements militaires : Cass., 7 déc. 1836. S. 37. 1. 650 ; pour un hôtel de monnaies : Cass., 8 janv. 1840. S. 40. 1. 99.

Dans un arrêt, la Cour de cassation essaye de définir un peu l'objet de la société en participation, mais au passage, sans examiner à fond la question.

Voilà la manière imprécise dont elle s'exprime : « Les articles 47 et 48 du Code commercial concernant les sociétés en participation, ne déterminant en aucune manière *ni la durée, ni la nature des opérations* de commerce que ces associations peuvent embrasser, etc., peu importe qu'une exploitation puisse avoir une durée sans terme... (1).

Cependant les cours tiennent bon et ne veulent pas adopter cette manière d'interpréter les articles 47 et 48 et décident toujours que l'exploitation du privilège d'un théâtre ne peut pas former l'objet d'une société en participation (2) ; dans le même sens pour le commerce de bestiaux (3), pour un navire employé pour faire des courses (4), etc.

Les cours et les tribunaux, en adoptant cette manière de voir, croyaient s'appuyer sur les termes de l'article 48 du Code commercial et plus loin, dans le temps, sur les idées émises par les anciens écrivains, dont les œuvres ont servi de base à cet article. Mais l'interprétation qu'on donnait à l'article 48 du Code commercial était fausse, car on peut constater que l'article 48 n'exige ni l'unité de l'opération, ni la durée déterminée ; il autorise les associés à entreprendre une ou plusieurs opérations de commerce,

1. Cass. req., 30 avril 1828. S. 20. 1. 418.

2. Paris, 29 janvier 1841. D. 41.2.128.

3. Colmar, 25 février 1840. D. 41.2.38.

4. Rouen, 19 juillet 1839. D. 40.2.106.

mais sans distinguer si ces opérations sont distinctes ou bien si elles se lient entre elles, si elles sont contemporaines ou bien successives.

Le fait pour une société d'avoir comme objet une ou plusieurs opérations n'est pas spécial à la société en participation, car les autres sociétés de commerce peuvent, elles aussi, avoir comme objet une ou plusieurs opérations et cependant personne ne s'est avisé de dire qu'elles forment des sociétés en participation. Ce que la jurisprudence a jugé comme trait caractéristique de la société en participation n'est qu'un fait qui se passe souvent. Souvent, les sociétés en participation ont comme objet une ou deux opérations commerciales, mais jamais les auteurs anciens n'ont commis cette faute de dire que les sociétés en participation se distinguent par leur objet limité, ou non, dans le temps. Ils disent que *souvent* les sociétés en participation ont pour objet une ou plusieurs opérations. Analysant avec attention les œuvres des auteurs anciens, nous constatons qu'une autre qualité est la qualité essentielle de la société en participation. Savary s'exprime très clairement là-dessus : « La société en participation s'appelle *anonyme* parce qu'elle est sans nom et qu'elle n'est connue de personne comme n'important d'aucun façon au public ; tout ce qui se fait en la négociation, tant en achat qu'en la vente des marchandises, ne regarde que les associés chacun en droit soi (1). » Pothier dit à peu

1. Savary, *op. cit.*, p. 393.

près la même chose : « La société anonyme ou incon-
nue, qu'on appelle aussi compte en participation, est
celle par laquelle deux ou plusieurs personnes con-
viennent d'être en part dans une certaine négo-
ciation qui sera faite par l'une d'elles *en son nom*. »
Voilà le trait caractéristique de la société en partici-
pation : *la société n'est connue de personne ; elle est
occulte*.

A l'aide des idées de ces auteurs, nous pouvons
expliquer les quelques lignes un peu énigmatiques de
l'article 48 du Code de commerce. Les commenta-
teurs de l'ordonnance de 1673 avaient bien défini les
autres sociétés, par leurs caractères essentiels. La
société en participation, ils l'ont laissé gouverner par
les usages de commerce. Les auteurs du Code de
commerce ont suivi l'exemple de leurs devanciers
et ont donné dans les articles 20 et suivants du Code
de commerce les caractères essentiels des sociétés de
commerce : publicité, solidarité, etc. En arrivant à
la rédaction de l'article 48 du Code commercial ils
ne parlent nullement de l'obligation de publier
l'existence de la société, ni des conséquences qui en
découlent pour les participants.

Cet oubli est intentionnel, puisque leurs idées,
comme celles des auteurs anciens, en cette matière,
étaient que la société en participation est inexistante
vis-à-vis des tiers (1).

La jurisprudence des cours et des tribunaux conti-

1. V. Savary, *op. cit.*, p. 390 et s.

nuant de décider que le caractère distinctif de la société en participation est son objet, la Cour de cassation, reconnaissant le vrai caractère de la société en participation, a considéré comme son devoir de corriger la jurisprudence et par un arrêt, elle a donné la définition de la société en participation, en en faisant ressortir le caractère spécifique :

« Attendu que l'association en participation, dit la Cour de cassation, constituée sans publicité et sans raison sociale, n'a pas une personnalité distincte de celle des participants ; que ceux-ci opèrent individuellement en leur propre nom, sauf, plus tard, le compte des profits et pertes qu'ils ont à se donner entre eux ; qu'il suit de là que les tiers qui ont contracté avec l'un des participants, dont ils sont demeurés créanciers, n'ayant aucun compte à demander, de leur chef, aux autres participants dont ils n'ont pas suivi la foi et auxquels ne les rattache aucun lien de droit, ne peuvent prétendre à aucune action directe, et à plus forte raison, à aucune action solidaire contre les autres participants, alors même que ceux-ci auraient profité de l'opération (1). »

Les cours et les tribunaux se sont rendus à l'évidence et depuis 1876, on peut dire que la question est définitivement tranchée (2).

1. Cass., 21 mars 1876. D. 76. 1. 199. — V. aussi Cass., 26 août 1879. S. 1879. 1. 455. Cet arrêt n'est que le renforcement de celui de 1876.

2. V. Chambéry, 11 fév. 1880. S. 81. 2. 237. — Rennes, 4 mars 1880. S. 81. 2. 245. — Poitiers, 22 déc. 1887. S. 88. 2. 1. — Paris, 9 janv. 1907. S. 907. 2. 155. — Tr. de Châtellerault, 17 déc. 1906. S. 1. 906. 2. 61. — Cass., 8 janv. 1900. D. 902. 1. 65.

La doctrine est unanime à reconnaître le caractère occulte de la société en participation, comme caractère distinctif des autres sociétés (1).

Avant d'énumérer les conséquences qui découlent tant pour les associés que pour les tiers du caractère occulte de la société en participation, nous nous arrêtons pour analyser un autre problème que la jurisprudence et la doctrine se posaient dans la première moitié du siècle passé, à savoir si la société en participation forme un être moral comme les autres sociétés commerciales. La solution à laquelle nous arriverons peut se deviner d'avance, puisque le législateur n'a pas pu concevoir une société en participation à la fois occulte et personne morale.

L'intérêt du problème, que nous nous proposons d'exposer, est plutôt historique que juridique, et marque les différentes phases par lesquelles passe une institution pour arriver à son perfectionnement.

*La société en participation ne forme
pas un être moral*

Le problème de savoir si la société en participation forme un être moral, s'est posé à la jurispru-

1. V. Lyon-Caen et Renault, *Précis de droit commercial*, t. I, n° 522. — Boistel, *Précis de droit commercial*, n° 367. — Vavasseur, *Traité des sociétés civiles et commerciales*, t. II, n° 315. — Rousseau, *Des sociétés commerciales*, t. II, n° 1732. — Poulle, *Traité théorique et pratique des associations en participation*, n° 54 et suiv. — Thaller, *Traité élémentaire de droit commercial*, n° 476.

dence dans la première moitié du siècle passé et surtout à l'occasion de deux arrêts contradictoires dans la même affaire, rendus par la seconde et la troisième chambre de la Cour d'appel de Paris.

Ceux (1) dont l'opinion est que la société en participation forme un être moral, raisonnent de la manière suivante : La société en participation est une vraie société. Il ne lui manque rien pour cela : accord de volonté entre les membres, une mise en commun, l'obligation de l'associé envers la société d'apporter sa mise, partage de bénéfices et pertes... tout. D'ailleurs, la loi le dit expressément. L'article 47 du Code de commerce porte : indépendamment des trois espèces de sociétés ci-dessus (V. l'art. 19 C. comm.), la loi reconnaît les *associations commerciales en participation*. S'il peut en rester quelque doute à cause de la dénomination « association » qu'on trouve dans cet article, l'article 50 du code de commerce le chasse définitivement. L'article 50 du Code de commerce porte : « Les associations commerciales en participation ne sont pas sujettes aux formalités prescrites pour les autres sociétés. »

Donc, une assimilation parfaite entre cette société et les autres sociétés de commerce. Par conséquent, cette société forme un être moral. *Societas... personæ vice fungitur* (2). La loi s'applique à cette

1. Pardessus, *Cours de droit comm.*, t. IV, n° 1089. — Merlin, *Question de droit*. V. Sociétés, § 2. — Malepeyre et Jourdain, *Des sociétés comm.*, p. 264. — V. aussi S. 1831. 2. 202.

2. L. 22, *De fidejussoribus* (XLVI, 1). Digeste.

société comme aux autres, dans tous les cas où les parties n'ont pas fait d'autres conventions. L'article 18 du Code de commerce porte : « Le contrat de société se règle par le droit civil, par les lois particulières au commerce et par les conventions des parties. »

On ne peut pas parler d'application des usages dans la matière des sociétés en participation, puisque l'article 18 les ignore. Si, pour la formation de la société, les objets, les proportions d'intérêt, la loi a laissé liberté absolue aux contractants, c'est justement pour marquer que conformément à la règle : *exceptio firmat regulam in casibus non exceptis*, les dispositions de la loi pour les autres questions s'appliquent. On peut invoquer que la facilité de preuve (même une convention verbale) peut faire surgir une société en participation qui peut englober tout le patrimoine du gérant, composé, peut-être, avec l'argent de ses créanciers personnels. Mais on peut répondre à cette objection que chaque jour on voit des personnes qui ont cru avoir traité avec un homme solvable et ne devant rien, se voient enlever la totalité de leur actif par des obligations sous signatures privées dont ils n'avaient pas même soupçonné l'existence et qui n'en sont pas moins protégées par la justice, lorsqu'elles ne portent pas des indices de fraude. Le manque de publicité ne peut pas être invoqué, puisque les sociétés civiles ne sont pas rendues publiques par la publicité et cependant elles forment un être moral.

En définitive, une assimilation complète entre cette

société et les autres. Donc, dans le patrimoine du gérant, en cas de faillite, doit se faire une scission et l'actif de la société doit être employé à désintéresser les créanciers de la société de préférence aux créanciers personnels du gérant.

Quelques arrêts anciens sans discuter la question en droit, ont admis *de plano* l'existence de l'être moral et avec toutes les conséquences qu'attire cette idée (1).

La question a été examinée avec attention par la seconde chambre de la Cour d'appel de Paris, et a reçu la solution, que la société en participation forme un être moral. La Cour, dans son arrêt, adopte une grande partie des arguments énumérés plus haut (2).

Ceux qui combattent l'idée que la société en participation formerait un être moral, répondent aux arguments que nous avons exposés, de la manière suivante :

En effet, la société en participation est une société, mais une société d'une espèce spéciale. C'est une société inconnue, occulte.

Elle est privée d'une des qualités des autres sociétés personnes morales ; il lui manque la publicité, cette espèce d'acte d'état civil des sociétés rendues publiques.

1. Bordeaux, 2 avril 1832. S. 32. 2. 327. — Rouen, 21 avril 1810 S. 11. 2. 413.

2. Paris, 9 août 1831. S. 31. 2. 259.

Elle ne forme pas une personne morale. Tandis que les sociétés personnes morales, qui ont un patrimoine à elles tout différent de celui de leurs membres, sont connues du public et peuvent devenir créancières, débitrices, propriétaires, par l'intermédiaire de leur représentant, la société en participation étant inconnue, ne peut pas traiter avec les tiers, ne peut pas être débitrice, créancière, propriétaire, puisqu'elle n'a pas d'existence à l'égard des tiers. Le gérant traite, avec les tiers, les affaires sociales, comme les siennes propres et en son propre nom. Il est débiteur, il est créancier, il dispose des mises des membres, il acquiert la propriété. S'il y a une société, cette société existe entre lui et ses coparticipants, et se concrétise par l'obligation imposée au gérant de donner un compte de profits et de pertes. S'il y a des mises, comme dans les autres sociétés, ces mises ne forment pas un patrimoine à part, avec une destination spéciale. Ces mises, d'après leur nature et d'après les conventions, ou entrent et se fondent dans le patrimoine du gérant, ou restent dans le patrimoine de chaque membre, et si les membres n'adoptent ni l'une ni l'autre des solutions énumérées, les mises peuvent former une copropriété appartenant par indivis à tous les membres, mais ne forment jamais un capital social dans l'acception de celui des sociétés personnes morales. On a invoqué le nom d' « association » et les mots « autres sociétés » qui se trouvent dans les articles 47 et 50 du Code de commerce, mais d'ici on ne peut pas

déduire l'exacte ressemblance de cette société avec les autres. L'article 19 du Code de commerce, quand il fait l'énumération des espèces de société, se garde bien de l'énumérer et cela vient non à cause de ce fait, non que les auteurs de la loi l'ont oublié, mais parce qu'ils ne voulaient pas la mettre sur la même ligne que les autres sociétés.

Les longues discussions au Conseil d'État en sont la preuve.

Et s'ils se décident à en faire mention dans l'article 47 du Code de commerce, pour montrer qu'il ne s'agit pas d'une société parfaitement égale aux autres, ils emploient l'expression d' « association ».

Ceux qui soutiennent la personnalité de la société en participation, disent que la ressemblance doit être parfaite et que sauf les dispositions qui se trouvent mentionnées dans les articles 48 et 49, la loi civile et la loi commerciale doivent s'appliquer à cette société comme aux autres.

Ils invoquent l'article 18 du Code de commerce. Mais on oublie que l'article 1873 du Code civil mentionne les usages commerciaux et que si l'article 18 du Code de commerce oublie de les énumérer, c'est par pure inadvertance, car à la rédaction de l'article 18, on a dit que cet article était la reproduction de l'article 1873 du Code de commerce.

Donc, c'est dans les usages commerciaux qu'il faut chercher les règles qui gouvernent la société en participation. Le législateur, en édictant les articles 47 et 50 du Code de commerce, n'a pas fait autre chose

que de renvoyer pour le reste aux usages. Qu'est-ce que disent les usages ? Savary dit que le gérant de la société est réputé propriétaire des apports à l'égard des tiers — quand la convention ou la nature des apports lui donne la propriété, et que les choses déterminées restent la propriété des apporteurs. Qu'en cas de faillite du gérant, ses créanciers personnels et les créanciers de la société font une seule masse sans aucun droit de priorité des uns sur les autres — qu'ils partagent l'actif du gérant au sou la livre.

Donc il n'y a pas un patrimoine distinct de celui des associés. Le gérant est seul responsable de toutes les obligations soit personnelles, soit sociales.

La Cour d'appel de Paris (3^e Chambre) a rendu un arrêt dans ce sens (1). La question est venue devant la Cour de cassation. La cour a examiné la question dans tous les détails et a décidé que la société en participation ne pouvait pas former une personne morale. « Attendu, en droit, que si les sociétés commerciales proprement dites, c'est-à-dire les sociétés en nom collectif, les sociétés en commandite et les sociétés anonymes, peuvent être considérées comme des êtres moraux, il n'en peut être de même pour les associations commerciales en participation, dont il ne faut pas confondre les effets avec ceux des sociétés ordinaires ; qu'en effet, d'après les usages du commerce et la jurisprudence, sous

1. Paris, 19 avril 1831. S. 31. 2. 203, D. 31. 2. 127.

l'ordonnance de 1673, auxquels il n'a point été innové par le Code civil et le Code de commerce, l'entière propriété des objets unis dans l'association en participation est légalement censée résider sur la tête de l'associé administrateur, qui doit rendre compte à ses associés des profits et des pertes ; que le caractère qui distingue les associations commerciales en participation, ne consiste pas seulement en ce qu'elles ont lieu pour les objets et aux conditions convenues entre les participants ; en ce qu'elles peuvent être constatées par la représentation des livres, de la correspondance, ou par la preuve testimoniale ; en ce qu'elles ne sont pas sujettes aux formalités prescrites pour les autres sociétés ; mais il consiste plus particulièrement encore en ce que l'ensemble des dispositions législatives qui leur sont spéciales, en fait une espèce de société qui, dans l'intérêt même du commerce, au progrès duquel elle est essentiellement utile, n'est représentée vis-à-vis des tiers que par un des associés qui traite avec eux en son propre et privé nom et devient leur débiteur direct, à la différence des autres sociétés qui, formées pour une série d'affaires sans restriction déterminée et accompagnées des formalités qui les font connaître du public, sont toujours vis-à-vis des tiers représentées par une raison sociale, au nom et pour le compte de laquelle se font les traités et actes relatifs à la société (1). Cet arrêt a fixé définitivement la

1. Cass., 2 juin 1834. S. 34. 1. 607.

jurisprudence en ce sens (1). La doctrine (à peu près l'unanimité des auteurs) est contre l'idée de personification morale de la société en participation (2).

*Quelles sont les règles qui gouvernent
les sociétés en participation ?*

La réponse à cette question, nous la trouvons dans les articles du Code de commerce réservés à la société en participation. L'article 48 du Code de commerce dispose : « Ces associations sont relatives à une ou plusieurs opérations de commerce, elles ont lieu pour les objets, dans la forme, avec les proportions d'intérêt et aux conditions convenues entre les participants. »

Cet article nous montre qu'en ce qui concerne l'objet de la participation, la forme et les proportions de l'intérêt, ce sont les parties qui les fixent.

Mais si les parties ne les ont pas fixées du tout ou si leurs conventions sont jugées insuffisantes, quelles seront les règles qu'on appliquera ? On doit s'adresser aux dispositions générales du Code civil tant que

1. Cass., 13 mars 1838. S. 38. 1. 344. — Cass., 15 juil. 1846. S. 49. 1. 292. — Paris, 17 nov. 1848. S. 49. 2. 200. — Bastia, 25 avril 1855. S. 55. 2. 422. — Cass., 22 déc. 1874. S. 75. 1. 214. — Rennes, 4 mars 1880. S. 81. 2. 265. — Poitiers, 22 déc. 1877. S. 88. 2. 1. — Cass., 27 juin 1893. S. 94. 1. 215. — Tr. de la Seine, 11 déc. 1901. *La Loi*, 1902, p. 81.

2. V. Troplong, *Commentaire des sociétés*, n° 480 et suiv. — Delangle, *Des sociétés commerciales*, n° 593. — Lyon-Caen et Renault, *Précis de droit commercial*, t. 1, n° 527.

ces dispositions ne sont pas contraires à la nature du contrat de société en participation. D'ailleurs, l'article 18 du Code de commerce le dit : « Le contrat de société se règle par le droit civil, par les lois particulières au commerce et par les conventions des parties », mais l'article 1873 du Code de commerce complète, ajoutant les usages de commerce.

L'apport

L'article 1832 du Code de commerce pose comme condition pour contracter une société, la mise en commun de quelque chose. Les termes de cet article sont tellement élastiques qu'on ne doit pas déduire de là que les associés doivent détacher de leur patrimoine une portion des biens qui s'y trouvent, pour former un patrimoine à part, un patrimoine différent et qui puisse servir de gage aux créanciers sociaux. Ce que la loi veut dire, c'est l'emploi des apports des associés en vue de produire des bénéfices. D'ailleurs cette condition de mise en commun n'est pas accomplie matériellement toujours ni dans les autres sociétés, nous voulons parler du cas de l'associé dont la mise consiste en industrie ; et cependant personne ne s'est avisé de dire que cet associé n'a pas effectué son apport, s'il travaille pour la société.

Dans la société en participation, comme d'ailleurs dans toutes les sociétés, l'apport peut consister dans toutes sortes de prestations qui ont une valeur d'échange. On peut apporter même le crédit commer-

cial, avec cette seule restriction, que la personne qui apporte son crédit commercial, dans cette société, doit être gérant.

Quel est le propriétaire des apports dans la société en participation ?

D'après l'article 1833, alinéa 2, chaque associé doit apporter ou de l'argent ou d'autres biens. Ces apports, dans les sociétés personnes morales, forment un patrimoine distinct de celui des associés et servent de gage aux créanciers sociaux. Il s'agit de chercher à qui appartiendront les apports que les participants mettent à la disposition du gérant d'une société en participation. Sur cette question, la loi ne se prononce pas. Plusieurs théories ont été émises. Nous allons les examiner successivement.

D'après une théorie, on attribue les apports à un être moral. D'après les adeptes de cette théorie, la société en participation, personne morale, comme toutes les sociétés de commerce, a un patrimoine, et tout différent des patrimoines de ses membres. Les créanciers sociaux ont le droit de préférence sur l'actif de ce patrimoine, vis-à-vis des créanciers personnels du gérant. Cette théorie a été adoptée par quelques cours d'appel (1), mais la Cour de cassa-

1. V. Rouen, 21 avril 1810. S. 11. 2. 314. — Bordeaux, 2 avril 1832. S. 32. 2. 327. — Paris, 9 août 1831. S. 31. 2. 259. — V. aussi Pardessus, *Cours de droit commercial*, t. IV, n° 1089. — Merlin, *Question de droit*. V° Société, § 2. — V. sur la « Condition juridique de l'apport dans l'association en participation », Bonnet, *Annales de droit commercial*, 1908, p. 5-32.

tion (1), se prononçant contre la personnalité de la société en participation, cette théorie a perdu son point d'appui.

Une autre théorie admet que les apports forment une copropriété entre les membres. Cette théorie n'a aucune base solide. Il se peut très bien que les coparticipants se trouvent dans l'indivision, mais cette indivision ne peut être que le résultat d'un autre contrat greffé sur celui de société. « Le but des participants est, en effet, d'ordinaire, seulement de partager les bénéfices et les pertes, mais non d'établir une communauté quant à la propriété (2). »

Une troisième théorie soutient que les apports, de toute nature, deviennent la propriété du gérant. Cette théorie a été consacrée par le Code de commerce allemand de 1897, article 252. « L'apport, par sa remise, devient la propriété exclusive du gérant. » D'après le Code allemand, et d'après la théorie que nous énonçons, l'apporteur perd pour toujours le droit de propriété, et devient simple créancier du gérant. La Cour de cassation française, dans l'arrêt par lequel elle décide que les sociétés en participation ne forment pas une personne morale, a, pour un peu, adopté cette théorie.

Voici de quelle manière elle s'exprime :

1. Cass., 2 juin 1834. S. 34. I. 607. — 13 mars 1838. S. 38. I. 344.

2. Lyon-Caen et Renault, *Manuel de droit commercial*, n° 330.

— Voir aussi Bédarride, *Des Sociétés*, t. II, n° 444. — Poulle, *Traité théorique et pratique sur les sociétés en participation*, n° 153 et suiv.

« Attendu en droit que si les sociétés commerciales proprement dites, c'est-à-dire les sociétés en nom collectif, les sociétés en commandite et les sociétés anonymes peuvent être considérées comme des êtres moraux, il n'en peut être de même pour les associations commerciales en participation, dont il ne faut pas confondre les effets avec ceux des sociétés ordinaires; *qu'en effet, d'après les usages de commerce et la jurisprudence sous l'ordonnance de 1673, auxquels il n'a point été innové par le Code civil et le Code de commerce, l'entière propriété des objets mis dans l'association en participation est légalement censée résider sur la tête de l'associé administrateur qui doit rendre compte, etc. (1).* »

En effet, on a pu être induit en erreur, puisque Savary (2) dit que c'est une jurisprudence constante parmi les négociants que les choses qui sont remises au gérant sont partagées par celui-ci, en cas de faillite, aux créanciers. Mais Savary ajoute, un peu plus loin, que l'associé qui marque sa marchandise et l'envoie au gérant, nous dirons qui l'individualise, en cas de faillite, si elle se trouve encore dans la propriété du gérant, peut la revendiquer. Donc, si la marchandise peut être donnée par le gérant à ses créanciers, c'est que, par la convention, le gérant est propriétaire. Mais la Cour de cassation n'a pas maintenu cette théorie.

1. Cass., 2 juin 1834. S. 34. 1. 607.

2. Savary, *Parfait négociant*, p. II, p. 26.

D'après la dernière théorie que nous allons exposer, il faut faire une distinction entre les apports consistant en argent et choses fongibles, et entre les apports en choses déterminées.

Dans le cas où les apports consistent en argent ou choses fongibles, la propriété passe au gérant. Ces apports agrandissent le patrimoine du gérant et lui permettent d'accomplir le but de la société. Si, avec cet argent, le gérant achète des choses en son nom, ces choses entrent dans sa propriété, car le gérant n'a pas agi ni au nom d'une société, ni comme mandataire de ses coparticipants, il a fait sa propre affaire, sauf à partager les bénéfices. Mais si les apports consistent dans des choses déterminées, la propriété reste sur la tête de l'apporteur. La même solution s'applique pour une créance. Le participant qui apporte une créance à la société, ou qui devient créancier pour le compte de celle-ci, conservera à l'égard des tiers la disposition de la créance, sauf le cas où il l'aurait cédée dans les formes de l'article 1690 du Code de commerce. Le gérant, quoi qu'il ne soit pas le propriétaire des choses déterminées dont les apporteurs n'ont pas cédé la propriété, peut les vendre, les transformer, les hypothéquer, les mettre en gage, comme si elles étaient sa propriété, pourvu qu'il travaille pour la société. Si ces choses ont été vendues, ou transformées de telle nature qu'elles ont perdu leur identité, l'apporteur en a perdu la propriété. Cette propriété s'est transportée, peut-on dire, sur l'argent que le gérant

prendra sur elles. Mais dès que cet argent, qui forme le prix des choses aliénées, est entré dans la caisse du gérant, ou si celui-ci a reçu en échange des billets à ordre souscrits ou endossés à son profit, l'apporteur devient un simple créancier, et dans ce cas, sa situation est la même que celle de l'apporteur qui a effectué son apport en argent.

Cette théorie s'appuie sur les idées de Savary. D'après cet auteur, l'apporteur garde sa propriété sur la marchandise individualisée par sa marque, tant que cette marchandise se retrouve en nature dans le patrimoine du gérant. Cette théorie est approuvée par la majorité des auteurs. « La participation, dit Troplong, ne confond pas la propriété des mises, les parties ne se sont pas associées pour former un capital social, un fonds appartenant à la société ; en se réunissant, elles retiennent la propriété de leurs apports, leur association ne leur donne de droits respectifs que pour entrer en compte de profits et pertes et avant ce temps il n'y a pas de fusion d'intérêts... tout est individuel, propriété, industrie (1). »

La Cour de cassation, sauf l'éphémère éloigne-

1. Troplong, *Contrat de société*, t. I, p. 462. — V. aussi Lyon-Caen et Renault, *Précis de droit commercial*, t. I, n° 528. — Boistel, *Précis de droit commercial*, n° 366. — Bédarride, *Des Sociétés*, t. II, n° 444. — Poulle, *Traité théorique et pratique sur les associations en participation*, n° 153 et suiv. — Arthuys, *Traité des sociétés commerciales*, t. I, p. 264. — Thaller, *Traité élémentaire de droit commercial*, n° 481.

ment remarqué plus haut (1), a toujours jugé dans ce sens (2).

Ainsi, il a été jugé que les articles de débit et de crédit portés mutuellement sur les livres des associés à raison des objets déterminés fournis par l'un d'eux, ne constituent pas une vente de ces objets ; ce n'est qu'une mention ayant pour but de constater les avances faites par l'associé (3). Aussi il a été jugé que l'hypothèque légale de la femme mariée ne s'étend pas sur les immeubles apportés dans la société par un autre que son mari — son mari étant gérant (4).

Une application intéressante du principe de la propriété des apports consistant dans des choses déterminées, a été faite par la cour de Paris. Une personne s'engage à apporter comme mise, dans une société en participation, un nombre de livres avec caractère religieux. Quelque temps après, elle les vend ailleurs. Les coparticipants la poursuivent en justice et ne se contentent pas des dommages-intérêts qu'on leur alloue pour le préjudice causé, mais veulent sa punition pour le délit d'abus de confiance. La cour, avec raison, constate que l'apporteur mal-

1. Cass., 2 juin 1834. S. 34. 1. 607, v. p. .

2. En ce sens : Cass., 17 juillet 1864. S. 64. 1. 163. — 13 avril 1864. S. 64. 1. 173. — 13 nov. 1872. S. 73. 1. 41. — 22 déc. 1874. S. 75. 1. 214. — Poitiers, 22 déc. 1887. S. 88. 2. 1 et la note Lyon-Caen. — Cass., 27 juin 1893, S. 94. 1. 25. = 5 fév. 1901. S. 902. 1. 405 et la note.

3. Cass., 7 août 1838. S. 38. 1. 691.

4. Cass., 17 juillet 1861. S. 62. 1. 374.

honnête n'est pas coupable du délit d'abus de confiance, puisqu'il a vendu ses propres livres, dont il était toujours propriétaire (1).

Il y a des auteurs (2) qui soutiennent que le fait de laisser dans la propriété du gérant les choses achetées avec les valeurs apportées par les autres associés, est une injustice, et qu'il faudrait présumer que les choses achetées entrent dans la propriété de ceux avec l'argent de qui elles ont été achetées. On propose la même solution pour le cas où l'apport consistant en choses déterminées et étant vendu, le gérant a acheté avec l'argent qu'il a retiré, d'autres choses.

Mais cette solution est impossible, car elle proposerait une subrogation réelle, non admise par la loi. Cependant, rien ne s'oppose à ce que les associés arrivent à cette solution en spécifiant dans les statuts sociaux toutes les clauses qu'ils croient devoir sauvegarder leur intérêt, sauf à créer une personne morale, car alors ils changeraient la nature du contrat.

1. Paris, 9 janvier. 1907. *Le Droit* 31 mai. 1907. — V. aussi pour le cas de la cession d'un bail. Le gérant avait loué, en son nom, un terrain pour l'utilité de la société ; plus tard il fait la cession de ce même bail. La Cour de cassation a maintenu la cession. Cass., 5 mai 1858. S. 59. 1.223 ; D. 58. 1. 222 et note.

2. Molinier, *Droit commercial*, t. I, n. 578. — Dechezelle, *Soc. en part.* Thèse 1893, p. 41.

La perte de choses déterminées

D'après la théorie à laquelle nous nous sommes ralliés, la propriété des apports consistant en choses déterminées, sauf convention contraire, reste à l'apporteur. Toute augmentation de valeur de ces choses reste acquise au propriétaire ; et réciproquement, toute diminution de valeur est pour le propriétaire. Si les choses viennent à périr par des causes indépendantes des opérations sociales, la perte totale, comme la perte partielle, est pour le propriétaire, conformément à la règle *res perit domino*. Quelle sera la solution si la perte, au lieu de provenir d'une cause indépendante des opérations sociales, provient des risques attachés aux opérations mêmes pour lesquelles la société a eu lieu ? La doctrine et la jurisprudence reconnaissent que, dans ce cas, la perte doit être comptée pour la société, de telle manière que tous les associés y prennent part (1).

But

Le but de la société en participation, comme celui de toutes les sociétés, est de réaliser des bénéfices provenant des opérations que fera la société,

1. Cass., 27 juin 1894. S. 98.1.460. — En ce sens Lyon-Caen et Renault, *Traité de droit comm.*, t. II n^o, 1061. — Poulle, *op. cit.*, n^o 191 et suiv. — Houpin, *Traité de sociétés*, t. I, n^os 241-242, p. 190.

pour les partager aux associés. C'est par là que la société est différente d'une communauté. Plusieurs personnes achètent une force hydraulique, une source d'eau minérale, une usine, avec l'intention de les exploiter à tour de rôle.

Deux personnes mettent ensemble leur vin dans un tonneau. Toutes ces personnes sont dans la copropriété, mais non en société, car ces personnes ne sont pas liées par *l'affectio societatis* et n'ont pas l'intention de réaliser des bénéfices en argent.

Cependant, si l'AFFECTIO SOCIETATIS existe, la société existe même dans le cas où les associés se sont associés avec l'intention non d'acheter et vendre pour partager les bénéfices en argent, mais seulement pour acheter et partager le produit de leur achat. Le cas s'est présenté devant la Cour de cassation en 1839. Plusieurs fripiers s'étaient associés pour acheter ensemble plusieurs lots de marchandises et les partager. Une contestation s'étant élevée sur la nature de ce contrat, la Cour de cassation a décidé que la convention d'acheter en commun suffit, aux termes de l'article 48 du Code de commerce, pour constituer une société en participation (1). Savary est d'avis qu'il y a société en participation entre plusieurs personnes qui se rendent au marché et achètent, avec des prix fixés d'avance, toutes les marchandises pour les lotir entre eux. Il blâme cette espèce de société (2). Cependant, dans

1. Cass. 4 déc. 1839. S. 39. 1. 898.

2. Savary, *Parfait négociant*, t. I, p. 368.

un cas identique, la Cour d'Aix a décidé qu'il n'y a pas société : deux personnes, un charron et un forgeron s'étaient associées et avaient acheté un certain nombre de pieds d'arbres, avec l'intention de les abattre et les partager (1). La Cour d'Aix a décidé qu'il y a une communauté.

Aujourd'hui la doctrine reconnaît que le but d'une société en participation n'est pas nécessairement le partage des bénéfices par la revente des choses achetées en commun (2).

CHAPITRE III

FORMATION DU CONTRAT DE SOCIÉTÉ EN PARTICIPATION

Nous avons dit que la société en participation, comme toutes les sociétés, est un contrat. Dans l'article 48, du Code de commerce, la loi nous indique que les dispositions spéciales aux sociétés de commerce ne s'appliquent pas à la société en participation.

D'après l'article 18, du Code de commerce, le con-

1. Aix, 30 nov. 1853, D. 55. 2. 117.

2. Bédarride, *Des sociétés*, t. II, n° 450 Poulle. — *Traité théorique et pratique des associations en participation*, n° 97.

trat de société se règle par le Code civil, à défaut de lois particulières. Par conséquent, le contrat de société en participation, comme tous les contrats, doit réaliser les conditions suivantes :

- Consentement des parties ;
- Capacité des parties ;
- Objet certain ;
- Une cause licite.

Le consentement des parties

Le consentement, pour être valable, ne doit pas être entaché de certains vices (V. les articles 1108 et s. C. civil).

L'objet de la société en participation

D'après l'article 1833, du Code de commerce, la société en participation doit avoir un objet. Cet objet est, d'habitude, commercial. Il peut aussi être mixte, comme, par exemple, la publication d'une œuvre par un éditeur. La société qui intervient entre l'auteur et l'éditeur a un objet commercial de la part de l'éditeur, et un objet civil de la part de l'auteur. L'objet de la société peut-être tout à fait civil. La société ayant pour but l'exploitation, par un procédé quelconque, des produits du sol, la société pour l'élevage des chevaux, la société formée pour la vente des produits d'un fonds, pour l'extraction et la vente du pétrole ; la société pour la conservation des bette-

raves à sucre (betteraves poussées sur un champ appartenant à la société), pour la concession d'une mine, d'une carrière sont sociétés avec objet civil. (L'art. 32 de la loi du 21 avril 1810, porte : « l'exploitation des mines n'est pas considérée comme un commerce. »)

L'objet d'une société en participation peut être même la publication d'un journal. Le gérant de la société en participation est la personne qui est responsable de la publication. Cependant, il y a des auteurs qui soutiennent que la société en participation, n'étant pas une société de celles prévues par l'article 4 de la loi du 18 juillet 1828, ne peut pas avoir comme objet la publication d'un journal (1). Ils raisonnent comme si c'était la société qui se manifestait comme personne responsable de la publication.

La Cour de cassation s'est prononcée dans le sens suivant : à savoir que la publication d'un journal peut très bien former l'objet d'une société en participation (2).

L'objet de la société en participation doit être licite. Ainsi il a été jugé que l'association faite pour l'exploitation d'un remède secret est nulle (3).

1. M. Rousset, *Code gén. des lois sur la presse*, article 156, n° 498. — Sur la question, V. Chassau, *Délits de la parole et de la presse*, t. I, n° 785, p. 572, note.

2. Cass., 8 juillet 1879. S. 81. 1. 317. — V. aussi Douai, 21 avril 1842. P. 1842. 1. 568. — Paris, 9 mars 1843. S. 43. 2. 273.

3. Trib. de la Seine, 25 août 1899. *La Loi*, 1899, p. 914. — V. aussi Châlons-sur-Marne, 28 déc. 1866. S. 69. 1. 325.

Il a été jugé, antérieurement à la loi du 28 mars 1885 qui admet la validité des marchés à terme, qu'on ne pouvait pas prouver l'existence d'une société en participation uniquement instituée en vue d'opérations de bourse se résolvant par de simples différences sans livraison de titres (1).

La nullité d'une société en participation pour l'exploitation d'une charge publique ou office ministériel ne saurait faire de doute. D'après la loi du 24 juillet 1862 relative aux offices d'agents de change, les agents pourront s'adjoindre des bailleurs de fonds intéressés participant aux bénéfices et aux pertes résultant de l'exploitation de l'office. Mais il a été dit lors de la discussion de cette loi, par les commissaires du gouvernement, que « c'est une société *sui generis* et qu'il ne pourrait y avoir pour les charges d'agents de change, aucune possibilité de créer des sociétés en nom collectif, en commandite ou en participation ».

De la preuve de la société en participation

Nous avons vu que l'objet d'une société en participation peut être soit civil, soit commercial.

Dans le premier cas, conformément à l'article 1834 du Code civil, l'existence de la société en participation ne peut être prouvée qu'à l'aide d'un acte écrit, lorsque l'objet dépasse la valeur

1. Paris, 27 déc. 1875. *Journ. des trib. de comm.*, t. XXV, p. 279.

de 150 francs. La preuve testimoniale n'est point admise contre et outre le contenu de l'acte de société, ni sur ce qui serait allégué avoir été dit avant, lors et depuis cet acte, encore qu'il s'agisse d'une somme ou valeur moindre de 150 francs. On exige aussi la formalité du double (V. l'article 1325 C. civil) (1).

Dans le deuxième cas, l'existence de la société en participation peut être prouvée par tous les moyens de preuve. L'article 49 du Code de commerce le dit, d'ailleurs, sous une forme incomplète.

A la rédaction de cet article, Treilhard avait proposé un commencement de preuve par écrit, mais Regnault de Saint-Jean-d'Angély s'opposa, objectant que les sociétés en participation ne se forment pas toujours entre des négociants ayant des livres, correspondance, etc. Les marchands de chevaux, de comestibles, de bestiaux, ajouta-t-il, conviennent à l'instant même, d'acheter en commun, et par conséquent il serait impossible de trouver aucune trace d'écrit dans leurs conventions. La proposition fut rejetée (2).

a) *Correspondance*

Pour prouver l'existence de la société en participation, on peut se servir de la correspondance échangée lors de la formation de la société.

1. En ce sens : Vavasseur, *Des sociétés civiles et commerciales*, t. I, n° 318. — Poulle, *Traité théorique et pratique de l'association en participation*, n° 120.

2. Locré, t. XVII, p. 193-197.

Ce moyen de preuve, d'ailleurs, est dans la tradition de cette institution. Savary, parlant de la société en participation dit : « La plupart (des sociétés en participation) se font par lettres missives, que les marchands s'écrivent respectivement (1). »

b) *Livres de commerce*

Si les associés sont commerçants, ils peuvent se servir de leurs livres comme moyen de preuve. Ils peuvent se servir non seulement des livres obligatoires, mais aussi des livres auxiliaires et même irrégulièrement tenus (2). Si un commerçant ne peut pas présenter ses livres, il peut être condamné sur la présentation des livres faite par son adversaire (3). Admettons qu'une société en participation existe entre un commerçant et un non commerçant ; le commerçant pourra-t-il demander et obtenir de prouver l'existence de la participation à l'aide de ses livres ?

Nous croyons que non. Pour pouvoir lui permettre de faire la preuve de la société en participation à l'aide de ses livres, contre un non commerçant, il faudra un texte dérogatoire aux articles 1329 du Code civil et 12 du Code de commerce, et il n'existe pas ; l'article 49 du Code de commerce énumère simplement les différents moyens de preuve, mais de

1. Savary, *Le parfait négociant*, p. 368.

2. Paul Pont, *Traité des soc. civ. et comm.*, t. II, n° 1810.

3. Poulle, *Traité théorique et pratique des associations en participation*, n° 108.

sa rédaction ne ressort pas que ces moyens soient indistinctement employés dans tous les cas.

c) Acte écrit

Comme moyen de preuve, on peut employer aussi un acte écrit. Il y a des auteurs qui soutiennent que si on se sert d'un acte écrit, on doit se soumettre à toutes les conditions de l'article 1341 du Code civil, et qu'on ne pourra plus prouver par témoins contre et outre le contenu de l'acte écrit, ni ce qui serait allégué avoir été dit avant, lors ou depuis les actes, encore qu'il s'agisse d'une somme ou valeur moindre de 150 francs. Nous sommes d'une opinion contraire. On peut recevoir cet acte comme un commencement de preuve par écrit et le compléter par tous les moyens de preuve. D'ailleurs, le deuxième alinéa de l'article 1341 du Code civil fait une réserve expresse pour les affaires commerciales qui sont gouvernées par des lois commerciales.

Toutefois, il existe un cas où l'existence de la participation devra être prouvée par un acte authentique. C'est le cas prévu par l'article 854 du Code civil. Pour qu'un héritier ne soit pas forcé de rapporter à la masse de succession du défunt, comme libéralités indirectes, les bénéfices qu'il a retirés de la participation qu'ils avaient ensemble, il doit prouver l'existence de cette société à l'aide d'un acte authentique. C'est un problème sans solution, car ou la société est constatée à l'aide d'un acte authentique,

et alors elle n'est plus une participation, ou elle est une société en participation et alors elle ne peut pas être prouvée par un acte authentique. Cependant, la jurisprudence a trouvé une issue.

Il a été jugé que si les juges sont convaincus que la société en participation qui a existé entre le défunt et son héritier a été une société sérieuse et sincère et que les bénéfices retirés par l'héritier étaient honnêtement gagnés, ils peuvent lui allouer une indemnité qui pourra aller jusqu'à l'intégrité des bénéfices perçus (1).

d) *Témoins*

Les associés peuvent prouver l'existence de la société en participation à l'aide des témoins. Cependant, un arrêt de la Cour de Paris décide que la preuve par témoins ne peut pas être employée sans un commencement de preuve par écrit (2). Heureusement, cet arrêt tout à fait en discordance avec la loi et les travaux préparatoires est resté isolé. Toutefois, les juges peuvent refuser la preuve par témoins, s'ils se considèrent suffisamment éclairés par les présomptions de la cause (3) : l'admission de la preuve testimoniale n'est pas obligatoire pour les juges ; elle est laissée à leur appréciation.

1. Poitiers, 2 juin 1863. Sous Cass., 17 août 1864. D. 65.1.304.

2. Paris, 5 mars 1859. *Journ. des trib. de comm.*, t. VIII, p. 379.

3. Cass., 30 juil. 1877. D. 78.1.290.

Les tiers pourront-ils employer la preuve testimoniale, comme les associés, pour prouver l'existence de la société en participation ? Quand leurs intérêts sont liés à l'existence de la participation, ils sont recevables à le faire. Par exemple, ils ont été abusés par les associés qui se sont donnés comme associés ; en prouvant l'existence de la participation, ils pourront les faire déclarer obligés en cette qualité ; de même pour exercer les droits d'un participant leur débiteur, les créanciers agissant par l'action oblique de l'article 1166 du Code civil auront qualité pour prouver l'existence de la société en participation (1).

e) *Aveu*

En ce qui concerne la preuve par aveu, elle est certainement admissible.

f) *Serment*

Pour prouver l'existence d'une société en participation, on peut employer le serment, dans les termes de l'article 1357 du Code civil.

g) *Présomptions graves, précises et concordantes*

Aussi bien que la preuve testimoniale, la preuve par simple présomption du fait de l'homme est

1. Poulle, *Traité théorique et pratique des soc. en part.*, n° 117-119. — Rousseau, *Des soc. commerciales*, t. II, n°s 1788 et 1789

admissible pour établir l'existence de la société en participation. Ces présomptions doivent être graves, précises et concordantes, et elles sont abandonnées à la prudence des juges (1).

Tous les moyens des preuves sont employés non seulement pour prouver l'existence de la société en participation, mais aussi pour prouver les clauses, les changements survenus, la retraite d'un membre, etc.

Ainsi, il a été jugé que les juges du fait, à l'aide de présomptions graves, précises et concordantes, ont pu déclarer l'existence d'un accord intervenu entre les participants, pour laisser à l'un d'eux le pouvoir de régler la répartition des bénéfices (2).

Siège social

Le siège social est l'endroit où se trouvent les bureaux, les fonctionnaires, les représentants de la société. Ce qui est le domicile pour les personnes physiques, est le « siège » pour les sociétés personnes morales. La société en participation n'ayant pas la personnalité civile, ne peut avoir un siège social (3). La disposition de l'article 59 § 5 du Code de procédure civile, qui porte qu'en matière de société

1. Cass., 23 février 1864. D. 64. 1. 136.

2. Cass., 30 juillet 1877. D. 78. 1. 290. Aussi pour la part de chaque associé. Cass., 29 avril 1890. D. 92. 1. 10.

3. En ce sens : Cass., 4 juin 1860. S. 61. 1. 75. — 6 mars 1877. S. 77. 1. 253. — Bordeaux, 29 mars 1887. S. 89. 2. 3 et la note. V. aussi Lyon-Caen et Renault, *Traité de droit commercial*, t. I, n° 401 et t. II, part. 2, n° 1062 bis. — Houpin, *Traité des sociétés*, t. I, n° 248.

le défendeur sera cité devant le juge du lieu où elle est établie, ne s'applique pas à la société en participation.

Une telle société est réputée n'avoir pas d'assiette ou d'établissement (1).

Il arrive quelquefois, cependant, que les associés désignent un endroit où sont placés les bureaux, la comptabilité, où ils se rencontrent pour prendre des dispositions concernant les affaires sociales. Mais cela ne change pas du tout la nature de la société, car chaque marchand peut avoir sa comptabilité dans une maison différente, et la maison que les associés en participation ont choisi pour les bureaux, la comptabilité, etc., est toujours la maison du gérant. Voilà comment s'exprime un arrêt là-dessus :... « Et l'on ne saurait considérer comme siège social le local indiqué pour l'installation du bureau, des livres et de la comptabilité de l'association (2). »

Les associés, cependant, peuvent, par une convention formelle, constituer un siège social attributif de juridiction pour les différends qui surgiront entre eux (3). Mais ce ne sera pas un véritable siège social, car c'est seulement dans leurs rapports réciproques que cette élection de domicile pourra jouer un rôle, et les tiers n'auront pas à en tenir compte

1. En ce sens : Cass., 20 mai 1817. S. 17. 1. 254.

2. Paris, 27 janvier 1876. S. 80. 2. 11.

3. Cass., 16 août 1865. D. 66. 1. 166 et la note.

s'ils ne l'ont pas acceptée eux-mêmes (1); d'ailleurs les tiers ne peuvent pas accepter le siège social sans dénaturer la société. Si les associés désignent ostensiblement l'endroit où se trouvent les bureaux comme le siège de la société, la société devient société en nom collectif.

Signature sociale

Le gérant, administrant la société, ne peut signer que de son nom. Si, à son nom, il en attache un autre, cette signature éveille l'idée d'une société. Mais si une femme signe de son nom et de celui de son mari, cette signature n'est pas une signature sociale (V. l'art. 5 du C. com. et l'art. 220 du C. civ.).

Raison sociale

Les sociétés personnes morales, sauf la société anonyme, sont connues du public par leur raison sociale. La raison sociale des sociétés en nom collectif est formée des noms des personnes qui font partie de la société (V. l'art. 20 et 21 du C. com.). Les sociétés en commandite ont une raison sociale composée des noms des associés commandités (V. l'art. 23 du C. com.). Les sociétés anonymes n'ont pas de raison sociale (V. l'art. 29 du C. com.). Elles sont désignées,

1. En ce sens : Cass., 16 juillet 1901. S. et P. 1903.1.236.
— V. aussi Lyon-Caen et Renault, *Traité de droit commercial*, t. II, n° 1062.

soit par un nom tiré de l'objet de l'entreprise, par exemple « Société de Pétrole; Compagnie de Navigation » ; soit par un nom de fantaisie, par exemple « le Lion d'Or, l'Aigle blanc, etc. ». Les sociétés en participation n'ont pas de raison sociale et ne peuvent pas en avoir, car si une société de cette nature s'avise d'adopter une raison sociale, elle perd par ce fait le caractère de la société en participation. D'ailleurs, cette idée que les sociétés en participation ne peuvent pas avoir de raison sociale, a été mise en évidence avant la rédaction du Code de commerce. Savary dit que ces sociétés sont anonymes « parce qu'elles n'ont pas de raison sociale ».

Cependant, la pratique judiciaire nous révèle de ces cas bizarres de sociétés avec raison sociale, qui prétendaient, néanmoins, rester sociétés en participation.

Les arrêts, avec parfaite raison, les qualifient de sociétés en nom collectif (1).

L'assignation en justice

La société en participation étant occulte, ne peut pas être assignée en justice. Les créanciers du gérant doivent assigner celui-ci à son domicile. La Cour de cassation s'est prononcée en ce sens :

« Les associations en participation n'ayant pas de siège social proprement dit, les contestations rela-

1. Douai, 20 janvier 1840. D. 40.2. 132.

tives à ces associations sont régies par la règle générale de l'article 59 du Code de procédure qui attribue compétence au tribunal du domicile du défendeur et non par le paragraphe 5 de cet article (1) ».

Mais, si un créancier prétend que tous les participants doivent être condamnés solidairement, il peut les citer au domicile d'un d'eux. Les coassociés entre eux ne peuvent l'assigner qu'au domicile du défendeur. Cependant, s'ils ont fixé un domicile attributif de juridiction, ils peuvent être cités devant le tribunal de ce domicile. Il se peut que l'accord des associés sur l'élection d'un domicile attributif de juridiction soit seulement tacite. La jurisprudence a déduit cette élection tacite du fait que les associés avaient attribué la garde spéciale de tous les titres intéressant la société en participation, à une personne dénommée.

La preuve des intentions des associés, à cet égard peut être établie par tout moyen de preuve formellement admis en matière de participation (2).

CHAPITRE IV

LE FONCTIONNEMENT DE LA SOCIÉTÉ EN PARTICIPATION.

LE GÉRANT. LES RAPPORTS DES PARTICIPANTS ENTRE EUX.

En étudiant le contrat de société en participation,

1. Cass., req., 14 mars 1911. S. II. I. 441.

2. Cass., req., 16 juillet 1901. *Rec. de la Gaz. des trib.* 1902.

nous sommes arrivés à la conclusion que ce contrat forme une véritable société entre les participants.

Pour être conduite, la société a un gérant qui, d'habitude, est membre de la société. Mais la société peut confier la gérance à plusieurs membres, en leur donnant à chacun des attributions différentes. Il se peut que tous les participants qui forment la société, soient des gérants. Plusieurs personnes, trouvant dommageable la concurrence qu'elles se faisaient réciproquement, se réunissent en société en participation. Elles restent à la tête de leurs affaires, gardant la propriété de leurs biens, leur clientèle, mais entre elles se donnent réciproquement des comptes des profits et des pertes. La valeur de leur outillage sert d'apport social, et, proportionnellement à cette valeur, elles partagent les bénéfices et les pertes. Aux yeux des tiers, elles dirigent et gèrent leurs propres affaires. Un cas s'est présenté devant la Cour de cassation de Rennes. Les propriétaires de quatre maisons de roulage établies à Rennes et ayant des succursales dans d'autres villes, ont déclaré former entre eux une association en participation, ayant pour objet l'exploitation par roulage de toutes les routes aboutissant à Rennes, avec prolongement sur tous les chemins de fer présents et futurs. La durée de l'association a été fixée à quinze ans. Les associés ont mis en commun les établissements qu'ils avaient à Rennes et à l'extérieur. Ces établissements devaient appartenir à l'association, avec stipulation qu'à la dissolution elles devaient faire retour aux propriétaires

primitifs. Les anciens titulaires sont devenus les simples gérants appointés par l'association, mais devant agir isolément, chacun sous son nom particulier, quoique pour le profit de la société, qui devait partager les bénéfices de l'exploitation entre ses membres. Un conseil d'administration, un président de ce conseil, une comptabilité sociale, un siège social, etc. furent établis, mais tout cela étranger et inconnu des tiers. Une contestation s'étant élevée sur la nature de cette société, la Cour de Rennes se prononça en ce sens que cette société était une société en participation : que « chacune des maisons intéressées dans la participation conservait son individualité vis-à-vis des tiers » (1).

Il se peut que le gérant soit une société personne morale : c'est le cas des syndicats de sociétés.

Les rapports du gérant avec les autres associés

Avant de chercher quels sont les droits et les obligations du gérant et d'en déduire les conséquences, il faut être fixé sur la nature de sa charge. Est-il un mandataire, un gérant d'affaires, ou un commissionnaire ? Nous montrerons plus loin que jamais le gérant de la société ne peut être un gérant d'affaires, car le gérant d'affaires gère les affaires des autres, tandis que le gérant de la société en participation, même quand il dévoile l'existence

1. Rennes, 27 janvier 1856. S. 57.2.10.

de la société, avant tout, fait son affaire. Nous avons dit que le gérant de la société en participation est un peu commissionnaire. C'est l'occasion de le dire, par exemple dans le cas où ses coparticipants lui ont confié leurs marchandises pour les vendre, mais qu'en même temps ils en ont gardé la propriété.

En recevant la marchandise, le gérant se conduit à peu près comme un commissionnaire, car les apporteurs, comme des vrais commettants, ont le droit par exemple, en cas de faillite du gérant, de revendiquer la propriété des choses, tant qu'elles ne sont pas vendues, ou le prix, tant qu'il n'est pas encaissé par le gérant. Mais, néanmoins, il n'est pas commissionnaire, car entre lui et les participants existe un lien social.

Nous avons dit que dans les rapports du gérant avec ses coparticipants, il est un peu mandataire, puisqu'il travaille dans la limite d'un *mandat présumé* (1), mais, cependant ce n'est pas un mandat ordinaire, c'est un mandat spécial, car si le mandataire véritable traite au nom de son mandant et l'oblige en ne s'obligeant jamais, le gérant traite en son nom, s'oblige lui-même, et n'oblige jamais les autres associés envers les tiers. Le gérant est le maître de ses affaires, c'est sous ce jour qu'il appa-

1. Cass., 5 mai 1858. S. 59. 1. 223. « Attendu, à cet égard, que la libre et apparente possession de la chose commune par l'un des associés implique, en effet, le droit d'en disposer, fondé sur le *mandat présumé* de ses associés, sauf toutefois l'exception de fraude et de collusion, etc... »

rait aux yeux des tiers, et même vis-à-vis des associés, car avant de travailler pour eux (1), il fait ses affaires.

Après avoir en quelque sorte défini la vraie position du gérant, cherchons ses obligations et ses droits.

Les associés lui ont donné le mandat de conduire la société. Tous les associés ont le droit de se mêler à l'administration interne de la société, mais pour donner une unité de gouvernement, les associés renoncent à ce droit en sa faveur. D'habitude l'étendue du mandat du gérant est minutieusement consignée dans les statuts de la participation.

Quelquefois les associés imposent au gérant de les consulter quand il s'agit d'entreprendre telle ou telle affaire et, s'il passe outre, il peut être responsable.

Ainsi, il a été jugé que lorsque aux termes d'un contrat de participation, les gérants ne devaient effectuer aucune vente de marchandises, objet de la participation, sans que les autres participants eussent été consultés sur son opportunité, et sans que le prix eût été fixé d'accord avec eux, la vente que les gérants ont faite sans aviser leurs co-associés, n'est pas régulière et valable à l'égard de ces co-associés, qui peuvent s'opposer à ce que les résultats en soient portés sur le compte de la participation (2). Mais il arrive

1. Tant que le gérant travaille *nomine proprio* pour les participants, on peut le comparer sans exagérer à un prête-nom (V, Aubry et Rau, t. IV, 4^e éd., p. 636).

2. Cass., 24 mars 1903. S. 903. 1. 456.

quelquefois que les gérants se trouvent dans des circonstances telles qu'ils sont forcés de prendre des décisions immédiates sans pouvoir attendre l'autorisation des autres coparticipants. On s'est demandé quelle est la conséquence de ces actes par lesquels ils ont outrepassé leur pouvoir. On a décidé que les juges, souverains appréciateurs des circonstances de fait, peuvent apprécier l'opportunité de l'acte exécuté. Ainsi il a été jugé que les associés en participation ne sauraient se plaindre de ce que des ventes portant sur des marchandises avariées ont été opérées par le gérant de la société pour un prix au-dessous du cours, alors qu'il résulte des constatations souveraines des juges que la réalisation de ce prix a été un acte d'administration nécessaire sage et avantageux (1).

S'il y a plusieurs gérants, leur responsabilité, conformément à l'article 44 de la loi du 24 juillet 1867, est ou individuelle ou solidaire, selon le cas. D'après ces règles, la responsabilité soit contractuelle envers les associés (V. l'art. 1955 du C. civ.), soit délictuelle ou quasi-délictuelle envers les tiers (V. l'art. 1382 du C. civ.) est individuelle, à moins qu'il n'y ait eu faute commune et qu'il soit impossible de déterminer dans quelle mesure chacun y a participé ; dans ce cas, ils sont condamnés *in solidum* (2).

1. Cass., 20 mars 1900. S. 902. 1. 321 et la note A. Wahl.

2. Lyon, 17 août 1865. S. 86.2.231. — Paris, 16 avril 1870. S. 71. 2. 169. — Grenoble, 6 juillet 1875. S. 76.2. 103. — (V. aussi

Le gérant doit aux affaires sociales le même soin qu'un bon père de famille. Il est responsable, non seulement de ses actes, mais aussi de ceux de ses préposés. Spécialement il a été jugé que le gérant d'une participation est à bon droit déclaré responsable des malversations commises par un préposé infidèle qu'il aurait conservé auprès de lui, le sachant indigne de sa confiance (1).

Le gérant qui a confié la gérance à un mandataire est responsable des fautes de celui-ci envers les participants (2).

D'habitude, le gérant est la personne qui a engagé la plus grande partie du capital qui est employé dans les affaires sociales, et il se contente des bénéfices qui lui reviennent de droit, mais cependant, le gérant peut prétendre à une rémunération en dehors de ses bénéfices. Les juges peuvent fixer le chiffre au cas où il n'aurait pas été fixé par les participants (3), à moins qu'il ne résulte des circonstances de la cause, que les juges du fond sont souverains à apprécier, que le gérant n'a pas renoncé à une rémunération en dehors des bénéfices, ou que

Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, t. II, n° 835. — Vavasseur, *Des sociétés civiles et commerciales*, t. II, n° 861.

1. Cass., 8 juillet 1887. S. 89.1.252.

2. Quand le mandataire n'a pas reçu le pouvoir de se substituer quelqu'un, il répond de la personne qu'il s'est substituée dans la gestion; aussi quand, ayant reçu le pouvoir de se substituer quelqu'un, sans désignation de personne, il a fait choix d'une personne notoirement incapable ou insolvable. V. Aubry et Rau, t. II (4^e éd.), p. 645, § 413 et surtout note 14.

3. Cass., 1^{er} août 1883. S. 86.1.20

les associés n'ont pas voulu lui en attribuer en dehors de sa part aux bénéfices. Toutefois, les associés sont tenus de le dédommager des pertes qu'il a encourues en conduisant les affaires sociales — des risques inséparables de sa gestion (V. l'art. 1853 du C. civ.).

Une des principales obligations du gérant est de tenir des livres détaillant toutes les opérations faites pour la société. Ces registres doivent être mis à la disposition des participants. Pour ne pas accomplir cette dernière obligation, le gérant ne peut pas invoquer le secret de ses propres affaires, qui se trouvent consignées dans les mêmes registres. Le gérant n'est pas forcé de ne plus faire d'autres affaires, de la même nature, pour son compte personnel en dehors de la société. Cependant, une des premières obligations de tout associé, c'est de ne point commettre d'acte de nature à porter préjudice à la société dont il fait partie. Ainsi, si le gérant profite de l'occasion qu'il connaît la clientèle de son participant et cherche à écouler sa marchandise propre, au détriment de celle de la participation, son acte est de nature à détruire les liens sociaux qui existent entre lui et son associé (1).

Pour pouvoir accomplir ses obligations, le gérant a besoin de fonds. Ces fonds doivent être mis à sa disposition par ses coparticipants. Si les associés ne les mettent de bonne volonté, le gérant a qualité pour exiger de chacun de ses coparticipants les

1. Paris, 5 juillet 1899. D. 99. 2. 466.

versements convenus. Quelle est la sanction à laquelle s'expose un associé qui est en retard pour le versement des fonds ? Est-ce qu'on peut lui appliquer les dispositions de l'article 1846 du Code civil, aux termes duquel un associé qui n'a pas versé son apport devient de plein droit et sans demande, débiteur des intérêts sous préjudice de plus amples dommages-intérêts, s'il y a lieu ? Nous ne le croyons pas. La loi, dans l'article 1846 du Code civil, suppose l'existence d'une personne morale qui joue le rôle de créancier et en faveur de qui elle fait courir des intérêts de plein droit. Dans la société en participation n'existe pas une personne morale qui puisse bénéficier de cette disposition spéciale : il n'y a que des associés ; à ceux-ci la loi accorde des dommages-intérêts (1). Cependant, il y a des auteurs qui soutiennent qu'à la place de la personne morale, il y a toujours les associés, qui doivent bénéficier de la faveur accordée par l'article 1846 aux sociétés personnes morales (2).

Si, par un concours de circonstances, un associé est forcé de verser une somme dans l'intérêt de la société, a-t-il droit aux intérêts du jour des avances constatées, ou de la sommation ?

La Cour de cassation, en se basant sur les termes de l'article 2001 du Code civil, a décidé que les intérêts doivent courir du jour des avances cons-

1. V. Alauzel, *op. cit.*, t. I, n° 411, p. 558. — Paul Pont, *Traité des sociétés civiles et commerciales*, t. II, n° 1836.

2. Delangle, *op. cit.*, n° 617.

talées (1), mais la majorité des auteurs, se basant sur le caractère de la société en participation, décide que l'associé n'a pas droit aux intérêts de ses avances avant d'avoir fait une sommation ou une demande en justice, conformément à l'article 1153 du Code civil; « que dans une société en participation, les capitaux ne produisent pas d'intérêts sans demande (2) ».

Quelle sera la solution si le gérant, tout en gérant les affaires sociales, a employé une partie des ressources appartenant à la société pour ses affaires personnelles?

Est-ce qu'il doit payer des intérêts, pour ces sommes, du jour où il les a employées?

Pour la solution, on fait une distinction. Si les affaires sociales n'ont pas souffert de ce détournement passager, le gérant ne sera pas forcé de payer des intérêts; mais si l'emploi qu'il a fait a eu pour conséquence de nuire à l'opération, on doit lui appliquer l'article 1846 du Code civil (3).

La principale obligation du gérant, c'est de rendre un compte détaillé des opérations exécutées (4).

1. Cass., 21 juil. 1884. S. 86. 1. 291.

2. Vavasseur, *op. cit.*, t. I. n. 319. — Poulle, *op. cit.*, n. 139; — Houpin, *Traité des sociétés*, t. I, n. 255. — V. aussi Cass., 11 mai 1857. S. 57. 1. 843.

3. Alauzet, *op. cit.*, t. I, n. 411, p. 558. — Rousseau, *Des sociétés commerciales*, t. II, n. 1809.

4. V. « Partage », p. .

Les rapports du gérant et des associés avec les tiers

Nous avons dit que les participants sont obligés, par le contrat de société, de verser dans les mains du gérant les apports promis. D'après la théorie à laquelle nous nous sommes arrêtés, les apports qui consistent en des choses déterminées restent la propriété de leurs apporteurs, tandis que les sommes d'argent entrent dans la propriété du gérant. Avec son patrimoine renforcé de ces apports, le gérant de la société en participation administre la société en contractant en son propre nom. Est-ce que les créanciers sociaux ont le droit de poursuivre les autres participants par une action solidaire ? Il a été soutenu que les participants sont obligés solidairement par les actes du gérant.

Voilà comment on raisonne : Le principe de la solidarité des associés en matière de société de commerce est implicitement consacré par l'article 1862 du Code civil, portant : Dans les sociétés autres que celles de commerce, les associés ne sont pas tenus solidairement des dettes sociales ; il résulte de cette rédaction que dans les sociétés de commerce la solidarité est de droit ; or, aux termes de l'article 47 du Code de commerce, la société en participation est placée au rang des sociétés commerciales.

On dit encore en ce sens : que le principe de la solidarité est deux fois mentionné dans les articles 22 et 28 du Code de commerce. Il y a une exception

pour les membres des sociétés anonymes, elle ne fait que confirmer la règle.

Ce raisonnement serait bon si la société en participation était une société connue du public. Mais le mystère qui entoure son existence ne peut lui procurer ni des avantages, ni des désavantages de la part des personnes qui ne la connaissent pas.

Que les membres des autres sociétés de commerce, sauf l'exception mentionnée, soient obligés solidairement, cela n'a rien d'étonnant, car, en s'associant, ils connaissent bien la responsabilité qui les attendait, et les créanciers, en contractant avec les gérants de ces sociétés, savaient bien qu'ils devaient compter sur la responsabilité des membres de ces sociétés. Tandis que, dans les sociétés en participation, le gérant contracte en son nom et n'offre comme gage aux créanciers sociaux que son patrimoine. Les créanciers, en acceptant ces conditions, ne peuvent plus tard invoquer l'existence de la société qui leur était inconnue, et poursuivre par l'action solidaire, les autres participants. La question a été examinée dans les discussions du Conseil d'État. Merlin était pour la solidarité. Régnault, de Saint-Jean-d'Angély, repoussa la proposition dans les termes suivants : « Le refus du recours contre les associés en participation, dit-il, ne saurait tromper la foi publique, puisque le vendeur n'a connu que celui avec lequel il a traité directement et n'a pas compté sur une autre garantie... Le vendeur ne peut avoir pour garants que ceux auxquels il a directement vendu.

On ne peut se relâcher de ce principe, sans entraver les opérations du commerce, et ôter au commerce ses ressources. Les capitalistes, pour l'ordinaire, répugnent aux embarras, et ne consentent à mettre leurs fonds dans le commerce, que lorsqu'ils sont certains de ne se trouver engagés dans aucune contestation avec des tiers. S'ils pouvaient craindre d'être compromis par ceux avec lesquels ils ont des rapports et mis en cause, ils feraient un autre emploi de leurs capitaux » (1).

Les idées de Regnault de Saint-Jean d'Angély sont en concordance avec les idées des anciens auteurs, dans cette matière (2). Les auteurs modernes, eux aussi, soutiennent que les créanciers envers lesquels le gérant s'est engagé pour l'opération commune, ont une action directe contre le gérant ; contre les autres participants, ils n'ont que l'action oblique de l'article 1166 du Code civil (3). Certains auteurs accordent aux créanciers, contre les participants, l'action directe sous le nom de l'action *de in rem*

1. Loaré, *Législation de la France*, t. XVII, p. 195.

2. Savary, *le Parfait négociant*, t. I, 2^e part., p. 25 et 26. — Bornier, sur l'article 7, tit. IV de l'ordonnance de 1673. — Pothier, *Contrat de société*, n^o 102. — Delvincourt, *Droit commercial*, t. II, p. 56, et t. I, p. 30. — Pardessus, *Cours de droit commercial*, n^o 1049. — V. aussi Casseregis, *Discours*, 39; *De Luca*, *De credito*, disc. 88.

3. Lyon-Caen et Renault, *Précis de droit commercial*, t. I, n^o 530. — Thaller, *Traité élémentaire de droit commercial*, n^o 477. — Delangle, *Des sociétés commerciales*, n^o 603. — Vavasseur, *Traité des sociétés civiles et commerciales*, n^o 332 et renvoi. — Massé, *Droit commercial*, t. V, n^o 56. — Troplong, *Sociétés*, n^o 773 et suiv.

verso. MM. Lyon-Caen et Renault sont d'avis qu'on doit la leur refuser (1).

Les créanciers sociaux n'ont même pas d'action directe dans le cas où l'affaire aurait profité aux autres associés. De cette opinion sont Savary, Jousse, Pothier et les auteurs du Code de commerce (2). Merlin cependant a combattu cette solution en s'appuyant sur la loi 82 *pro socio* et sur l'interprétation que Voet a donné à cette loi dans son commentaire sur les pandectes. Mais on a démontré que ni cette loi, ni le commentaire de Voet ne justifiaient la solution de Merlin. D'une part, la loi 82 *pro socio* a trait aux rapports des associés entre eux ; et, d'autre part, Voet s'est mépris sur le sens de cette loi. Dans le passage cité par Merlin (3), il s'agit d'un engagement *nomine sociali* (4).

Il a été jugé, il est vrai, que les créanciers d'une société en participation ont une action directe contre chacun des participants, autres que l'associé gérant pour leur part et portion ; que du moins cette action ne peut être exercée qu'après la liquidation de la société, et seulement en cas d'insuffisance du capital social (5). Mais cette solution peut être considérée comme absolument abandonnée aujourd'hui (6).

1. Lyon-Caen et Renault soutiennent que dans la législation actuelle l'action *de in rem verso* n'existe pas (V. *Précis de droit commercial*, t. I, n° 332 et Cass., 21 mars 1876. D. 1866. I. 199).

2. V. Locré, *op. cit.*, t. XVII, p. 194.

3. Merlin, *Question de droit*. V° Société, § 2.

4. Troplong, *Sociétés*, t. II, p. 263.

5. Cass., 28 germinal an XII. S. chr.

6. Cass., 27 fév. 1883. D. 84. I. 29. — 30 mars 1885. D. 86. I. 110.

Quelle serait la solution si tous les associés s'étaient engagés par le même acte et sans division d'intérêt ?

Dans ce cas, le créancier fait crédit non seulement à une personne, mais à plusieurs et, comme il peut compter sur la solvabilité de tous ceux avec lesquels il a traité, il a le droit d'exiger que la dette soit acquittée, comme elle a été contractée, sans division.

Si on faisait l'application du Code civil, la solution serait qu'ils sont engagés conjointement, car, d'après l'article 1.202 du Code civil, la solidarité ne se présument pas, doit être expresse ; mais d'après une coutume admise sans contestation, dans les affaires commerciales, la solidarité est présumée (1).

Que doit-on décider dans le cas où le gérant, tout en traitant en son nom, n'a pas fait mystère qu'il contracte pour une société ? ou, avec d'autres termes, s'il s'est présenté *nomine sociali* ? Nous supposons qu'il n'a reçu aucun pouvoir de ses associés. Nous croyons qu'il ne peut pas engager ses coparticipants. Cependant, le cas s'est présenté devant la Cour de Bordeaux et cette Cour s'est prononcée pour l'action solidaire contre les participants. Il s'agissait d'un navire propriété de plusieurs personnes associées en participation. Ce navire faisait des transports

— 21 mars 1876 et 26 août 1879. S. 79. 1. 455. — Paris, 28 juillet 1885. D. 85. 2. 104.

1. V. Jousse, *Commentaire sur l'ordonnance de 1673*, (art. 7, tit. 4). — V. aussi Lyon, Caen et Renault, *op. cit.* n° 531. — Poitiers, 13 juillet 1894. *La loi*, 1895, p. 57.

de voyageurs entre les deux rives de la Garonne. La Cour, dans son arrêt, discute longuement sur le caractère de cette société, car, d'après la jurisprudence du temps, l'objet d'une société en participation était une ou plusieurs opérations d'avance déterminées ; mais la Cour sans se prononcer sur la nature de la société, dit : « Que, quelque dénomination que l'on veuille donner à cette société, il est certain que de sa nature et par les conventions qu'elle contient, ses membres ne sont pas affranchis de la *solidarité attachée aux engagements contractés par des associés dans l'intérêt de la société* (1) ».

C'est le seul arrêt que nous connaissions se prononçant dans ce sens.

D'après certains auteurs, les tiers avec lesquels le gérant a traité au nom de la participation auraient contre les participants non une action solidaire, mais une action divise, née de la gestion d'affaires. D'après eux, le gérant, en dépassant ses pouvoirs, peut être considéré comme gérant d'affaires des associés, qu'il a, par suite, engagés dans la mesure du profit qu'il leur a procuré (2).

Mais cette théorie n'est pas soutenable, car, si le gérant a été un gérant d'affaires, alors les participants seront tenus non seulement dans la mesure du profit, mais bien pour tout l'engagement et, d'autre

1. Bordeaux, 31 août 1831, S. 32. 2. 19.

2. Paul Pont, *Traité des sociétés civiles et commerciales*, t. II, n° 1852.

part, le gérant ne peut pas être un gérant d'affaires, car il travaille avant tout pour lui-même.

Suivant une autre opinion, que nous trouvons très logique, le gérant, en agissant ainsi a excédé ses pouvoirs, par conséquent les tiers n'auront aucune action contre les associés, qui ne peuvent être soumis à une obligation qu'ils n'ont pas contractée. Les tiers auront une action en dommages-intérêts contre le gérant. C'est en ce sens que s'est prononcée la Cour de cassation (1).

Quelle sera la solution si les participants non gérants se sont démasqués soit en faisant des actes d'administration d'une manière ostensible, soit en laissant s'accréditer la notoriété publique de l'existence de la société — faisant acte de tolérance tacite et consciente — sans prendre aucune mesure contre, plutôt cherchant à profiter de cet état de chose ?

La doctrine et la jurisprudence sont d'accord à reconnaître que ces participants, dévoilant leur qualité pour agrandir le crédit du gérant, sont responsables comme associés en nom collectif, car leur société a perdu son caractère spécifique, celui d'être occulte et est devenue une société en nom collectif de fait (2). Un cas s'est présenté devant la Cour de

1. Cass., 29 fév. 1896, D. 86.1.404. — Dijon, 17 juillet 1889, *Gaz. des Tribunaux*, 13 sept. 1889. — V. aussi Troplong, *Des sociétés*, n° 772, et Poulle, *Traité théorique et pratique des associations en participation*, n° 257.

2. V. en ce sens Ruben de Couder, *Diction. de droit comm. industr. et marit.* — V. Société en participation, n° 83. — Paul Pont, *Soc. civ. et comm.*, t. II, n° 1797 et s. — Vavasseur, *Soc.*

Paris. La Cour, par son arrêt, condamne solidairement un tel, avec ses coparticipants pour les motifs suivants : Il était notoirement connu pour être bailleur de fonds ; il s'était réservé la surveillance de la société en participation, et tous les achats et ventes devaient lui être soumis pour recevoir son approbation ; il devait toucher les rentrées effectives, soit en espèces ou billets ; les comptes devaient être arrêtés chaque mois et les inventaires, chaque année devaient lui être soumis ; il prélevait une somme sur les bénéfices, nonobstant les intérêts qu'il touchait à raison d'une mise de fonds, et, indépendamment, il devenait encore participant pour les deux tiers dans les bénéfices... La Cour de cassation approuve cette condamnation solidaire (1).

L'obligation des associés devenant solidaire, une restriction s'impose. La condamnation solidaire ne peut porter que sur les engagements contractés après les actes par lesquels les membres ont porté à la connaissance des créanciers, l'existence de la société. Les créanciers ne peuvent invoquer aucun préjudice pour les contrats conclus avant, puisqu'ils ont contracté avec le gérant sans connaître l'existence de la société.

Les participants deviennent responsables solidai-

civ. et comm., t. I, n° 322. — Houpin, *Traité gén. des soc.*, t. I, n° 269.

1. Cass., 26 mars 1817, S. 18.1.53 ; 10 août 1875, D. 771.110. — Tr. Boulogne-sur-Mer, 27 mai 1898, *Gaz. Pal.*, 99.1.163. — Cass., 23 juillet 1377, S. 77.1.405.

rement encore dans le cas où ils ont ratifié les opérations que le gérant a faites. Ainsi, il a été jugé que les participants devenaient solidairement obligés par le fait qu'ils ont connu l'emprunt contracté par le gérant, donné leur assentiment, approuvé et ratifié l'opération et payé les intérêts (1).

Les participants seraient seuls obligés solidairement, dans le cas où ils auraient donné un mandat à leur gérant. Si le gérant est étranger à la participation, il engage ses mandants, sans s'engager lui-même : mais s'il fait partie de la société, il est engagé solidairement avec eux (2). On peut supposer, par exemple, que les associés en participation aient voulu user de leur crédit commun pour mener à bonne fin une opération qui intéresse la société : les affaires entreprises nécessitant un emprunt important et le gérant n'offrant pas assez de garanties pour obtenir en son seul nom une avance aussi considérable, les participants se sont obligés alors tous ensemble ; cet engagement ayant un caractère commercial sera par cela même solidaire (3).

La société en participation et la faillite

On ne peut pas concevoir une société en partici-

1. Cass., 30 mars 1885. S. 86. 1. 167.

2. Cass., 3 déc. 1890. S. 94. 1. 389.

3. En ce sens : Cass., 10 août 1875. S. 76. 1. 121. — Colmar, 29 avril 1850. S. 55. 2. 126. — V. Lyon-Caen et Renault. *Traité de dr. comm.*, t. II, n° 1063. — Poulle, *op. cit.*, n° 255.

pation en état de faillite. Qui est-ce qui pourrait demander sa déclaration en état de cessation de paiement ? Les créanciers sociaux ? Il n'en existe pas. Le gérant, en traitant les affaires sociales, n'a jamais traité qu'en son propre nom. Si le gérant a traité au nom de la société, il a dépassé ses attributions, peut être condamné à payer des dommages-intérêts, mais il n'a pas pu créer des créanciers à une société qui, pour les tiers, est inexistante.

Les coparticipants ? Eux non plus ne peuvent demander la faillite de la société. Si, après vérification des comptes à demi, il est établi que le gérant est leur débiteur, ils peuvent demander sa déclaration en état de faillite, s'il a cessé ses paiements.

La masse des créanciers

La masse des créanciers de la faillite du gérant se compose de ses créanciers personnels, des créanciers avec lesquels ils a traité pour les affaires sociales et quelquefois de ses coparticipants.

Les créanciers avec lesquels il a traité pour les affaires de la société ne peuvent-ils pas demander être colloqués avec préférence ? Dans la faillite d'une société personne morale, les créanciers sociaux, ayant un droit de gage sur l'actif social, par préférence aux créanciers personnels des associés, sont colloqués avec préférence ; mais, dans les sociétés en participation où il n'existe pas un patrimoine social

différent de celui du gérant, les créanciers sociaux viennent en concurrence avec les créanciers personnels du gérant (1).

Cependant, l'idée de faire une scission dans le patrimoine du gérant et de réserver l'actif de la société aux créanciers sociaux a été soutenue, et même on a obtenu quelques arrêts dans ce sens ; mais la Cour de cassation, se prononçant contre l'idée de personnification de la société en participation, a repoussé cette solution. La doctrine est fixée dans ce sens que, entre les créanciers sociaux et les créanciers personnels du gérant, il n'y a aucune différence (2).

Nous avons dit que les coparticipants peuvent venir à la masse comme créanciers. Dès que le gérant a cessé ses paiements, on liquide la société et on vérifie les comptes pour savoir si elle a produit des bénéfices, ou non.

Est-ce que les participants, en cas de bénéfices, pourront invoquer leur qualité de coparticipants pour passer avant les autres créanciers, surtout avant les créanciers personnels du gérant ? A première vue, sans une étude approfondie de la question, l'idée paraît soutenable. On invoque, en sa faveur, le fait que

1. Cass., 2 juin 1834, S. 34.1.603 ; 19 mars 1838, S. 38. 1. 343. — Orléans, 10 août 1885, *Rev. des soc.*, 86.20. — Dijon, 23 fév. 1885, *Rev. des soc.*, 85.999.

2. En ce sens, Lyon-Caen et Renault, t. II, part. 2, n° 1.056. — Paul Pont, *op. cit.*, t. II, n° 1.801. — Boistel, *op. cit.*, n° 366. — Thaller, *op. cit.*, n° 375, 4°.

l'actif social est formé des mises des associés, augmenté des bénéfices, si la société en a produit, et que les coparticipants, en demandant d'être colloqués avec préférence, ne font pas autre chose que reprendre leurs biens. Cette argumentation est la même que celle que pourraient faire les créanciers avec qui le gérant a traité les affaires sociales. Cependant, le problème doit recevoir la même solution pour les créanciers coparticipants que pour tous les autres. Il n'y a pas de créanciers privilégiés dans la faillite du gérant, autres que ceux qui ont des sûretés spéciales.

Quelle est la créance pour laquelle les créanciers coparticipants viennent à la masse ?

Une distinction s'impose. Si les apports des coparticipants consistent en argent ou choses fongibles, ces apports sont devenus la propriété du gérant. Dans ce cas, le montant de la créance des participants sera la différence entre ces apports et les pertes qu'ils doivent supporter dans les affaires sociales. Mais, si les apports consistent en choses déterminées, qui, sauf convention contraire, restent la propriété des apporteurs (1), le gérant étant dans ce cas dans la même situation qu'un commissionnaire, les apporteurs peuvent revendiquer la propriété de leurs apports si les choses se retrouvent en nature dans

1. Cass., 27 juin 1894, D. 95. I. 166 ; — V. aussi Lyon-Caen et Renault, *Traité de droit comm.*, t. II, n° 1.059 ; Thaller, *op. cit.*, *in fine* ; Poulle, *op. cit.*, n° 189.

le patrimoine du gérant, et, si la vérification des comptes donne des bénéfices, les coparticipants du gérant seront créanciers pour leur part dans les bénéfices.

La même solution s'applique dans le cas où les choses ont été expédiées par le gérant à un autre pour les vendre, et n'ont pas été vendues ; ou le gérant leur a fait subir quelques transformations qui n'ont pas changé leur nature (1).

Si les choses déterminées ont été vendues et le prix encaissé par le gérant avant la déclaration en faillite, alors la position des participants propriétaires des choses vendues est la même que celle des participants dont les apports consistaient en argent et choses fongibles. Ils viennent à la faillite pour la différence entre la valeur des apports et leur part aux pertes, ou, si la société a donné des bénéfices, pour la valeur des apports augmentée de celle des bénéfices.

Mais, si les choses ont été vendues par le syndic après la faillite, ou si elles ont été vendues avant la faillite, et si le syndic en a encaissé le prix, les participants, propriétaires de ces choses peuvent, venir à la faillite comme créanciers *de la masse*, pour le prix, non comme créanciers *dans la masse*, car le syndic, en vendant ces choses, n'a pas vendu les choses appartenant au faillit (2). Le syndic peut réclamer

1. Cass., 5 fév. 1901, D. 902 I. 41.

2. Cass., 5 fév. 1901, D. 902. I. 41.

de ces participants leur part aux pertes, s'il y en a.

Mais si la vérification des comptes à demi ne peut pas se faire avant le partage de l'actif de la faillite, qu'est-ce qu'on va faire avec les créances éventuelles des coparticipants, surtout si la société a fait de bonnes affaires et si l'on est sûr qu'elle donnera des bénéfices ?

M. le professeur Lyon-Caen, dans une note au Sirey, donne la solution suivante : la loi permet à un créancier conditionnel de se présenter à la faillite pour sa créance, avec la seule obligation de déposer le montant à la Caisse des dépôts et consignations, jusqu'à l'accomplissement de la condition, ou s'il veut toucher, de donner une caution ; et la créance conditionnelle n'est pas une créance sûre, la condition peut se réaliser, comme elle peut défaillir ; tandis que les créances des coparticipants dans une société en participation, dont les comptes ne sont pas vérifiés, ne sont pas des créances conditionnelles, elles sont des créances d'ores et déjà nées, car leur existence dépend des affaires sociales qui ont été effectuées avant la faillite ; ce qui n'est pas sûr, c'est leur montant. Donc, *a fortiori*, ces créances seront reçues à la masse de la faillite. La somme pour laquelle elles seront colloquées devra être déposée à la Caisse des dépôts et consignations, si les coparticipants ne préfèrent pas la toucher et donner une caution. Quel sera le montant de ces créances inscrites à la masse ? Le montant de ces

créances ne peut pas être inférieur à la valeur des apports des coparticipants (1).

Dissolution de la société en participation

En ce qui concerne la dissolution de la société en participation, la différence est moins grande entre cette société et les autres.

La dissolution, comme le partage et la liquidation sont une série d'opérations entre les participants et entre les participants la société en participation est une vraie société. Les causes de dissolution de cette société sont les mêmes que celles des autres sociétés.

Il y a donc des causes de dissolution de plein droit et des causes de dissolution facultatives.

a) Causes de dissolution de plein droit.

L'expiration du temps pour lequel la société a été contractée.

Extinction de la chose. — Cette cause de dissolution s'applique dans le cas de perte totale de l'objet social ; cependant, même la perte partielle, d'après l'appréciation souveraine des juges, peut servir de cause à la dissolution d'une société en participation. Ainsi, il a été jugé que la société en participation pour l'armement d'un navire est dissoute par la con-

1. Poitiers, 22 décembre 1887. S. 88. 2. 1 et note Lyon-Caen.

fiscation et la vente du navire. La société cessant avec la vente, tout acte fait après par le gérant ne concerne pas la société (1).

La société peut être dissoute par la perte des apports, dont la propriété ou la jouissance ont été promises, avant que la mise en commun n'ait eu lieu. Si la propriété est passée au gérant avant la perte, alors on ne peut plus invoquer cette cause de dissolution.

La dissolution de la société peut venir de la consommation de la négociation. Une fois le but atteint, si la société a eu pour objet une ou plusieurs opérations déterminées, la société prend fin.

C'est la cause la plus fréquente.

La mort naturelle d'un associé est aussi une cause de dissolution.

Sur cette cause de dissolution, il y a deux opinions.

D'après une opinion, la mort d'un associé n'est une cause de dissolution que dans le cas où le défunt jouait un rôle actif, nécessaire au fonctionnement de la société. Ainsi il a été jugé que la mort d'un associé n'est une cause de dissolution qu'autant que cet associé était chargé d'un travail personnel qui ne pouvait plus être exécuté. Dans l'espèce, il s'agissait d'une entreprise de café, qui devait être conduite à tour de rôle, par quatre directeurs, chacun pour une période de temps. Celui qui était mort avait accompli sa tâche (2).

1. Cass., 17 avril 1838 S. 38. 1. 845.

2. Bordeaux, 29 juillet 1862. S. 63. 2. 31.

D'après l'autre opinion, on soutient que la société en participation, comme toutes les sociétés de personnes, repose sur des sentiments d'amitié, d'estime et de confiance, et que la mort d'un associé entraîne la dissolution (1).

En pratique, on prévoit le cas, d'habitude, et on établit que la société continuera avec les survivants, et que la part de ceux qui sont morts sera fixée d'après la valeur de l'actif au moment de la mort.

Les associés peuvent stipuler même que la société continuera avec les héritiers du décédé. La doctrine et la jurisprudence sont d'accord à reconnaître comme valable cette clause (2).

Est-ce que cette clause, établie entre les associés en participation, doit régir également, par extension, les sous-participations qui se sont formées entre l'un des associés principaux et un croupier ?

Nous croyons que non. La convention établie entre les associés principaux est tout à fait indépendante de la convention intervenue entre un associé et un croupier. Pour les sous-participant, les clauses du contrat de société en participation sont *res inter alios acta*, qui ne peuvent pas lui être appliquées s'il ne les a acceptées expressément ou tacitement. La Cour de cassation, cependant, s'est prononcée pour l'extension (3).

1. En ce sens, Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, t. II, n° 1.067. — Bedaride, *Sociétés*, t. I, n° 67 bis.

2. V. Ch. Lyon-Caen et Renault, *Traité de droit commercial*, t. II, p. 1, n° 312 et s. — Aussi Cass., 1^{re} mars 1886, S. 89. 1. 468 et note.

3. V. l'arrêt cité à la note précédente.

La déconfiture ou la faillite d'un associé non gérant peut être une cause de dissolution de la participation. Pour la déconfiture, comme cause de dissolution, la loi est précise (V. l'article 1865, al. 4 C. civ); et c'est très explicable, car l'associé insolvable ne présente plus pour ses coassociés les garanties sur lesquelles ils ont compté en se l'associant.

Pour la faillite d'un associé, la loi est muette, mais il n'est pas douteux que la faillite d'un associé est une cause de dissolution; car, à côté de l'insolvabilité presque toujours du failli, il y a son incapacité légale résultant du dessaisissement (1).

La faillite du gérant, la personne qui est la plus intéressée au progrès de la société, entraîne la dissolution immédiate.

Cependant, on peut spécifier que la société peut continuer avec les autres participants, malgré la faillite ou la déconfiture de tout associé. Ainsi, il a été jugé, d'après l'interprétation des clauses du contrat, que l'intention des parties n'a pas été que la faillite ou la déconfiture entraînent la dissolution (2).

b) *Causes de dissolution facultatives*

La société en participation conclue sans limite de durée, peut être dissoute par la volonté d'un ou

1. Lyon-Caen et Renault, *Traité de droit commercial*, t. VII, n° 376 et 204 et s.

2. Cass., 18 janv. 1881, S. 83. 1. 398.

plusieurs associés. Mais si les associés ont inséré, dans leur contrat, la possibilité de céder leur part sociale, cette clause s'oppose à ce qu'un associé puisse demander la dissolution de la société (1).

c) *Dissolution judiciaire*

Dans les sociétés sans durée limitée, si les associés ont des raisons de se plaindre du gérant, ils peuvent se plaindre à la justice pour demander la dissolution de la société. Mais pour que les juges puissent se prononcer, les associés doivent invoquer des motifs graves. Cette cause de dissolution est laissée à la souveraine appréciation des juges de fait (2). Les associés peuvent encore demander la dissolution de la société dans le cas où un des associés manque à ses engagements envers les autres : c'est l'application de l'article 1184 du Code civil. Les juges ont le pouvoir d'accorder à l'associé qui n'a pas rempli ses engagements, un délai de grâce pour les exécuter (3).

Liquidation

Dès que la société en participation a été dissoute,

1. Cass. 13 juillet 1868, S. 68. 1. 449.

2. Paris, 7 février 1863. *Journal des trib. de comm.*, t. XII p. 439. — Paris, 21 déc. 1863. *Journ. des trib. de comm.*, t. XIII, p. 329.

3. V. Ch. Lyon-Caen et Renault, *Traité de droit comm.*, t. II, p. 1, n° 332 et 351.

on doit procéder au règlement des comptes. Cette opération s'appelle liquidation. La personne la plus indiquée pour réaliser cette opération, est le gérant.

Les associés ont souvent soin de désigner, dans leurs conventions, la personne qui procédera au règlement des comptes. Mais si la personne désignée n'accepte pas cette charge, ou est morte, et si les participants ne tombent pas d'accord sur un autre choix, ils devront s'adresser à la justice pour qu'elle procède à cette désignation. Le liquidateur peut être pris non seulement parmi les associés, mais aussi parmi les personnes étrangères à la société (1).

Si les participants n'ont pas stipulé que entre les deux participants qui forment une société, en cas de faillite de l'un, l'autre sera liquidateur, il n'est pas de droit (2).

a) *Les pouvoirs du liquidateur*

Dans la société en participation, le liquidateur n'a pas qualité pour représenter la société, comme pour les autres sociétés (3). Cependant, rien n'empêche les associés de lui donner le mandat de recouvrer les créances spéciales, de régler les comptes, de payer les dettes. Mais il a été jugé que les associés

1. Cass., 10 déc. 1895. *Journ. des trib. de comm.*, 1896, n° 13521, p. 606.

2. Cass., 18 avril 1893, S. 96. I. 339.

3. Paris, 9 févr. 1884. *Rev. des sociétés*, 1885. 9. — V. aussi Lyon-Caen et Renault, *Traité de droit commun*, t. II, n° 1.070.

ne peuvent pas lui donner le mandat de continuer les opérations sociales, au delà des affaires commencées, car alors il se pourrait que les nouvelles affaires missent à la charge des participants des dettes nouvelles (1), et le liquidateur dépassera son rôle.

Que le liquidateur soit le gérant, ou qu'il soit une personne étrangère à la société, il doit présenter les comptes appuyés sur des pièces justificatives. Il peut se servir de tous les moyens de preuve.

b) *Règlement périodique des profits et pertes*

Dans la rigueur des principes, les comptes devraient être présentés une seule fois, à la fin de la société, car tout autre règlement ne peut être qu'approximatif. Mais, si l'on doit attendre jusqu'alors, pour partager les bénéfices, il faudra laisser souffrir les personnes qui doivent vivre des revenus des capitaux engagés dans la société. Surtout, l'inconvénient sera grave dans le cas où la société n'a pas une durée déterminée.

Ainsi la doctrine s'accorde à reconnaître que cette règle n'est pas obligatoire (2). Il a été jugé que les participants peuvent procéder chaque année au partage des bénéfices, et que les bénéfices ainsi partagés étaient définitivement acquis (3).

1. Paris, 24 mai 1862, S. 63. 2. 201.

2. V. en ce sens, Paul Pont, *Traité des sociétés civiles et commerciales*, t. I, n° 428 ; Lyon-Caen et Renault, *Traité de droit commun*, t. II, n° 1064 ; Houpin, *Traité des sociétés*, t. I, 267.

3. Cass. 8 juillet 1887, S. 89. I. 252.

Le Code de commerce autrichien prévoit cette solution dans l'article 255 concernant la société tacite.

Partage

Une fois la société en participation dissoute, les associés dont les apports consistent en choses déterminées peuvent les revendiquer, si elles se retrouvent en nature.

Dès qu'on a vérifié les comptes, les associés peuvent procéder au partage des profits et des pertes. Le gérant ou le liquidateur présentera un compte détaillé de toutes les affaires sociales.

La modalité de partager les bénéfices et de contribuer aux pertes, les associés la fixent à la conclusion de la société. C'est, d'ailleurs, la question capitale d'un contrat de société. Mais la liberté que les associés ont à la fixation des modalités des partages des bénéfices et de contribution aux pertes est limitée par les règles du droit commun. Ainsi la loi, dans l'article 1855, alinéa 2 du Code civil, s'oppose à ce que les sommes ou effets mis dans le fonds de la société, par un ou plusieurs associés, soient affranchis de toute contribution aux pertes; une telle convention entraînerait la nullité de la participation (1). Mais si les associés ont convenu que les participants non gérants ne contribueront aux

1. Cass. 23 janv. 1882. S. 85. I. 23. — 18 mai 1896. D. 97. I. 249.

pertes que jusqu'à la concurrence de leur apport, cette convention n'est pas contraire à la disposition de l'article 1855, alinéa 2 du Code civil. Cette convention est ce qu'on appelle une clause de commandite (1). En cas que les associés n'aient rien stipulé sur le partage des bénéfices et la contribution aux pertes, la loi, dans l'article 1853, fixe que la part de chacun est en proportion de sa mise dans le fonds de la société. Les associés, cependant, ont la latitude de changer la proportion de participation aux bénéfices, comme la contribution aux pertes, mais ils ne peuvent pas convenir qu'un ou plusieurs des associés auraient tous les bénéfices. L'article 1855, alinéa 1, s'y oppose. La convention qui donnerait à l'un des associés la totalité des bénéfices, est nulle. Il est admis que l'article 1855 alinéa 1 du Code civil, ne s'oppose pas à ce qu'il soit convenu que l'un des associés ne touchera pas de bénéfices avant que les bénéfices aient atteint un chiffre déterminé (2). Mais cette convention serait contraire à l'article 1855, alinéa 1 et donnerait naissance à une société léonine si on était sûr d'avance que les bénéfices n'atteindraient pas ce chiffre déterminé (3).

A été également jugée légale, la clause par laquelle un participant s'est réservé le droit de réclamer ses

1. Paris, 18 avril 1864. *Journ. des trib. de com.*, t. XIV, p. 85.

2. Paul Pont, *Traité des sociétés civ. et com.*, t. I, n° 441. — Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Traité de la soc.*, 3^e éd., n° 272.

3. Cass., 8 janv. 1906. S. 909.1.371 et note.

capitaux qui produisaient des intérêts, avant tout partage de bénéfices (1).

Nous avons dit que sauf convention contraire, les bénéfices se partageront proportionnellement aux mises ; mais cette règle ne s'appliquera que dans le cas où les mises ont été fixées au moment de la formation de la société, non dans le cas où les mises ont été successivement accrues au fur et à mesure des demandes du gérant (2).

Il a été même jugé que le partage entre les associés se fera en parts égales, sans tenir compte de la valeur de leur apport, ou plutôt considérant comme apport « l'industrie et l'activité intelligente de chaque associé » (3).

1. Rouen, 19 janv. 1844. S. 44.2.393.

2. Rennes, 29 avril 1881 sous cass. S. 86.1.20.

3. Nancy, 14 mars 1868. S. 69.2.214. L'espèce est la suivante : Deux tapissiers appelés par l'administration pour l'ameublement et la décoration des appartements destinés à recevoir l'empereur d'Autriche, ont été payés 20.000 francs sur la demande d'un d'eux. Ils étaient liés par une société en participation. Au partage de la somme attribuée, celui qui avait fourni plus de meubles, prétendait prendre une part plus grande dans les bénéfices, c'est-à-dire, les trois quarts. Le tribunal et la Cour d'appel se sont prononcés pour le partage en parts égales, après le prélèvement des sommes destinées comme location des meubles employés pour l'ameublement. « Attendu, dit la Cour d'appel, que l'industrie et l'activité intelligente de chacun d'eux contribuaient sa mise ou son apport social ; qu'on ne peut pas attribuer ce caractère aux meubles fournis dans une proportion indéterminée, arbitraire et sans autre limite que le caprice ou les calculs de celui-ci ou de celui-là ; que la mise ou l'apport dont parlent les articles 1832 et 1853 à quelque chose de préfixe, de convenu à l'avance qui ne peut plus être augmenté ou diminué que du consentement de toutes les parties ; que ce qu'on ajoute après la convention originaire et sans une convention nouvelle, constitue une créance pure et simple ;

Il a été également jugé applicable à la société en participation la disposition de l'article 1854 du Code civil, aux termes de laquelle les associés peuvent convenir de se rapporter à l'un d'eux ou à un tiers pour le règlement des parts (Cass., 30 juillet 1877. S. 77.1.473).

Si les participants sont tenus personnellement des pertes, cela ne veut pas dire solidairement, sauf disposition contraire, qui peut résulter soit des conventions des parties, soit des circonstances de la cause (1).

Il a été jugé que dans une société en participation entre trois personnes, si l'une est insolvable, les deux autres doivent prendre sur eux la part de l'insolvable, car cette part n'est autre chose qu'une nouvelle perte engendrée par le contrat de société (2).

Cette solution s'applique seulement dans le cas où entre le gérant et tous les associés existe une seule société en participation, et non pas dans le cas où entre le gérant et les participants existent autant de sociétés en participation, ou en tout cas plus qu'une et indépendamment les unes des autres, dans ce cas

qu'avec le système contraire, il dépendrait de l'un des associés de modifier à lui seul la condition du contrat, de grossir sa part de bénéfices, de faire, en un mot, sa position meilleure au détriment et contre le gré de son ou de ses associés; les deux associés étaient censés louer les meubles à la participation; que dès lors ils n'ont droit qu'à un prix de location. »

1. Cass., 8 juill. 1887. S. 89.1.252.

2. Cass., 29 mai 1845. S. 45.1.519.

chaque société a ses comptes spéciaux qui ne peuvent être mêlés entre eux (1).

Opérations du partage

D'après l'article 1872 du Code civil, les règles sur les partages des successions, notamment les règles relatives à la garantie des lots, de lésion pour plus d'un quart, du partage judiciaire en cas de l'incapacité d'un mineur, sont applicables aux partages des sociétés en participation (2).

Les sous-participants

D'après l'article 1861 du Code civil, chaque associé peut, sans le consentement des autres, associer une personne à sa part. C'est la convention de croupier. Cette convention a tous les caractères de la société en participation. Dans une société en participation, cette convention est une sorte de sous-participation. Le cédant a, vis-à-vis du croupier, soit la qualité d'associé, s'il ne lui a cédé qu'une partie de ses droits dans la participation, soit la qualité d'un vendeur s'il a cédé tous ses droits. Jusqu'à la fin de la société en participation, le cédant continue

1. En ce sens : Poulle, *op. cit.*, n° 210. — Lyon-Caen et Renault, *Traité de dr. comm.*, t. II, n° 1066.

2. Poulle, *op. cit.*, n° 403-404. — Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, n° 1071,

de représenter ses sous-associés ou croupiers, dans tous les actes de gestion et administration jugés utiles et nécessaires à la bonne conduite de l'entreprise. Le croupier n'est pas recevable à former contre le participant à la part duquel il est associé une demande en reddition de compte des actes de gestion accomplis par la société ou son gérant (1).

Ainsi il a été jugé que les tiers sous-participants ou croupiers d'un associé participant n'ont pas le droit de s'immiscer dans les actes de gestion et d'administration de la société, ni d'exercer un contrôle sur les résolutions prises par le comité de gérance ; par suite, ils ne sont point recevables à intenter contre le participant à la part duquel ils sont associés, une demande en reddition de comptes de la gestion de ce dernier. Spécialement, un jugement ne saurait prescrire à l'associé participant de laisser prendre des copies et communications des documents sociaux pour vérifier la gestion sociale, sauf si les sous participants peuvent invoquer la mauvaise foi des participants (2).

*L'autorité compétente pour décider si une société
est une société en participation*

Il est du plus haut intérêt pour l'égale distribution

1. Cass., 8 juillet 1887, S. 89. 1. 252. — Cf. Aubry et Rau, t. IV, § 381, p. 558. — Lyon-Caen et Renault, *Traité de droit commercial*, t. II, n° 253 et s. — Houpin, *Traité des sociétés*, t. I, n° 107.

2. Orléans, 25 mai 1888, S. 89. 2. 155.

de la justice et l'interprétation des conventions, d'être fixé sur la nature des contrats. La loi l'a fait avec grand soin, fixant les caractères distinctifs de chaque contrat, et ne laissant aux juges du fond que la liberté d'apprécier les actes et les contrats, de résoudre les difficultés nées de la rédaction imparfaite, d'interpréter les clauses obscures et ambiguës et de dégager les intentions des parties en fixant le sens des dispositions.

La loi laisse aux juges toute liberté : preuve testimoniale, acte écrit, serment, aveu, présomptions graves, précises et concordantes ; tout peut être employé pour fixer le caractère d'un acte contesté. Mais une fois cette tâche remplie, les juges ne sont plus libres ; ils doivent appliquer aux conventions contestées les conséquences qui découlent de leur nature sous peine de cassation de leur décision. Mais qu'est-ce que nous constatons dans l'examen des innombrables arrêts concernant les sociétés en participation ? Une indécision, un tâtonnement se dégage de chaque arrêt. Ce qui est vrai aujourd'hui, demain est jugé insuffisant (1). A qui attribuer ce changement continu qui s'observe à chaque pas ?

Ce tâtonnement est dû au fait que la Cour de cassation ne croit pas de son devoir de s'occuper de la qualification des faits qui concernent le contrat de société en participation. Dans chaque arrêt de la

1. V. Le caractère propre à la société en participation, p. 24.
J.-C. Valcanescu

Cour suprême nous trouvons, comme un refrain : « La décision des juges du fait, qui constate l'existence d'une association en participation est souveraine (1). » Est-il vrai que la Cour de cassation n'a rien à voir, quand elle peut constater dans un jugement que les juges du fond ont tiré d'autres conséquences légales que celles qui devaient découler de la nature de l'acte ? Mais l'explication de la doctrine de la Cour suprême, nous la trouvons dans un de ses propres arrêts. La Cour de cassation fait l'aveu que la loi a laissé les caractères des sociétés en participation dans une complète indécision :

« Attendu que la loi, après avoir successivement défini trois espèces de sociétés de commerce, se borne à reconnaître l'existence des associations commerciales en participation ; Qu'elle ne définit pas ces associations ; que loin de les assimiler aux autres sociétés de commerce, elle ne désigne même point ceux qui s'engagent, sous le nom d'associés, mais sous le nom de participants ; Qu'elle énonce purement et simplement que ces sortes d'associations sont relatives à une ou plusieurs opérations de commerce ; QUE DANS CET ÉTAT DE LA LÉGISLATION, *la question de savoir si une association commerciale constitue une pure association en participation ou une société qui a pour objet de faire le commerce d'une manière générale, est une question de fait*

1. Cass., 8 mai 1867. S. 67. 1. 313. — 8 juillet 1879. S. 81. 1. 317, et les renvois. — 7 déc. 1836. S. 37. 1. 650.

exclusivement dévolue à l'appréciation du juge de fait (1). »

La Cour de cassation a-t-elle raison de s'exprimer comme ça ? Non ! Ce que la Cour de cassation prétendait que la loi a laissé dans l'indécision, n'était que la mauvaise interprétation des articles concernant les sociétés en participation. La Cour de cassation l'a reconnu elle-même plus tard, car dans l'arrêt du 21 mars 1876 (2), elle donne les vrais caractères qui se dégagent de l'analyse de la loi. Mais à partir de cet arrêt, la Cour de cassation peut-elle encore invoquer que l'appréciation des caractères de la société en participation est une question de fait souverainement dévolue aux juges du fond ?

Dans plusieurs arrêts nous constatons que la Cour de cassation met une condition à cette appréciation : « Que les décisions ne doivent dénaturer aucune clause des contrats. » Avec cette restriction « les juges du fond sont souverains et non sujets au contrôle de la Cour de cassation » (3). Mais c'est une manière de s'exprimer de la Cour suprême car cette souveraineté est conditionnelle. La Cour se reconnaît le droit de vérifier.

Voilà comment elle s'exprime dans un arrêt : « *Attendu qu'il n'apparaît pas qu'en exerçant le pouvoir qui lui appartenait d'établir l'existence de l'association en participation à l'aide de la correspondance*

1. Cass., 8 janv. 1840. S. 40. 1. 20.

2. Cass., 21 mars 1876, D. 76.1.199.

3. Cass., 31 juillet 1893, S. 96.1.286 et note.

échangée entre les parties et les présomptions fournies par les circonstances de la cause, *la Cour ait dénaturé les documents sur lesquels elle a basé sa décision ni par suite violé les textes de la loi, etc.* (1). »

Et comme preuve que les juges du fond ne sont plus souverains dans leur appréciation, la Cour de cassation a cassé deux arrêts dans lesquels elle constatait que les juges du fond avaient dénaturé les caractères des actes.

« Attendu, à cet égard, qu'il résulte de l'arrêt attaqué et des documents de la cause que les parties avaient formé entre elles une véritable société en participation pour le commerce des vins, que les conditions de cette société et notamment le partage par égales portions des bénéfices et des pertes sont formellement rappelés dans tous les actes ; Attendu que, si l'un des associés était chargé d'acheter les vins dans une localité et l'autre associé de les vendre dans une localité différente, c'était là une des conditions essentielles de l'association et qui, loin d'en dénaturer le caractère ne faisait, au contraire, que le confirmer ; d'autant plus que les associés avaient expressément renoncé à réclamer un droit de commission quelconque, soit pour les achats, soit pour les ventes qui faisaient l'objet de leur association en participation ; Attendu qu'en déniant ce caractère au contrat intervenu entre les

1. Cass., 8 janv. 1906. S. 909.1.370 (l'appel portait sur la dénaturation du sens et la portée desdites pièces).

parties et en le réduisant à un simple contrat de mandat ou de commission..., l'arrêt attaqué a fausement appliqué, etc., casse (1). »

La doctrine n'a pas enregistré sans protester, ce désistement du contrôle de la part de la Cour de cassation. C'est une question de droit, disent les auteurs, et non de fait, de savoir si une société est en nom collectif ou en participation. Sans doute, il appartient aux juges du fond de dire que tels sont les faits et, dans ce cas, leurs appréciations sont à l'abri du contrôle ; mais la qualification des faits n'est pas une question de fait, et n'est pas soustraite au contrôle de la Cour de cassation ; elle est l'application de règles de droit ou de principes posés par le législateur (2).

L'utilité de l'emploi des sociétés en participation.

Analysant avec attention le contrat de société en participation, on constate une grande ressemblance avec la société en commandite. Le participant non gérant joue le rôle du commanditaire, mais un commanditaire dont le nom est absolument inconnu ; car, tandis que le commanditaire de la société en commandite est parfaitement connu à cause de la publi-

1. Cass., 4 juin 1860. S. 61.1.75. — V. aussi Cass., 4 déc. 1839. S. 39.1.897.

2. En ce sens ; Paul Pont, *Sociétés civiles et commerciales*, t. II, n° 1337. — Delangle, *les Sociétés commerciales*, t. I, n 211 et 212 et f. 2, n° 606.

cité de son nom, publicité ordonnée par la loi, dans la société en participation, l'obligation est justement contraire. Donc, quand une personne veut s'intéresser dans une affaire qu'elle croit hasardeuse et, pour ne pas compromettre sa réputation, prend la qualité d'associé-participant, laissant le gérant exposé à toutes les rigueurs de la loi dans le cas d'insuccès, il se peut que sa position sociale, ou ses occupations ne lui permettent pas de faire partie d'une société ouvertement, ou l'urgence d'une affaire ne permet pas la rédaction des formalités légales d'une autre sorte de société, le contrat de société en participation, avec le manque de forme, peut être vite fait. Cette société est plus spécialement utilisée entre personnes pauvres. De semblables sociétés se forment entre des milliers et des milliers de personnes à chaque heure de la journée. Deux marchands, dont le capital ne dépasse pas une petite somme, s'associent pour acheter, au nom d'un seul, une marchandise qu'ils vendent jusqu'à la fin de la journée et, une fois le compte liquidé, la société prend fin. D'ailleurs, c'est ainsi seulement qu'on la concevait au commencement du xix^e siècle. Mais, si la jurisprudence, au commencement du xix^e siècle, voyait dans l'objet d'avance déterminé le trait caractéristique de ce contrat, elle a changé et par cela a montré que ce contrat, qui paraissait n'être employé que pour des affaires de petite importance, peut être employé pour des affaires considérables. Souvent on voit dans les

annales judiciaires des procès dans lesquels les capitaux se chiffrent par millions.

Notre impression personnelle est que l'emploi de cette société n'aura jamais le succès des autres sociétés commerciales. Il y a quelque chose qui les rend très périlleuses : c'est qu'une petite indiscretion peut faire connaître aux intéressés qu'ils traitent avec le gérant d'une société et non avec une personne maîtresse de ses affaires, et alors, le participant non gérant qui se croyait à l'abri, se voit d'un coup engagé solidairement, et, alors qu'il se croyait associé jusqu'à concurrence d'une somme limitée, il peut voir engloutir toute sa fortune.

C'est souvent comme moyen de fraude que cette société a été employée pour tourner les dispositions de la loi.

La société en participation employée comme moyen de fraude pour tourner la loi du 24 juillet 1867

Il y a toujours des hommes malhonnêtes qui cherchent à battre monnaie sans aucun scrupule. Ils trouvent une affaire qui n'a aucune chance de réussir, font des appels désespérés à l'épargne publique sous prétexte de faire une société en participation. S'il fallait prendre la route connue de lancement d'une société sérieuse, il faudrait accomplir les exigences de la loi — d'après le type de la société qu'ils voudraient faire, mais, comme ils évitent justement les mesures légales qui mettraient à néant leurs ten-

tatives, ils prennent une route de biais. Ils demandent des souscripteurs pour des titres au porteur, pour une société en participation et, pour avoir l'air de garder le caractère occulte de la société, ne font aucune publicité officielle — mais cela ne les empêche pas de publier partout l'existence de la prétendue société en participation.

Si on examine de près ces sociétés, on constate la présence d'un personnage, qui prend le titre de gérant d'une société en participation, émet des titres au porteur, qui souvent n'ont indiqué aucune valeur nominale (1), portant indication que leur propriétaire aura droit aux bénéfices annuels et à l'actif social. Le prétendu gérant de la société en participation apporte quelque chose à la société, bien entendu sans aucune estimation, sauf celle qui est faite à cet apport par lui-même, s'attribue des titres à lui-même, cède une partie en échange de l'argent de ceux qui ont l'inexpérience de tomber dans ses mailles, et l'affaire commence — et on peut dire qu'elle commence par engloutir vite l'argent des souscripteurs et se termine avec une faillite qui met au jour la machination. La justice est appelée pour démêler les choses et elle constate : une société anonyme ou en commandite — d'après le type que le lanceur lui a donné, avec une fausse dénomination de société en participation, un apport en nature sans une estimation conforme aux dispositions de la loi, la souscrip-

1. Cass. crim., 14 janv. 1915. *Gaz. des trib.*, 25 mai 1905.

tion du capital social qui n'est pas intégral — les lanceurs sont modestes, ils se contentent de ce qu'ils peuvent prendre, — des actions sans le versement du quart au moment de la souscription et au porteur avant l'acquittement intégral de la valeur nominale, manque total de publicité légale.

La justice s'est montrée implacable à l'égard de ces sociétés et, leur restituant leur vrai caractère, les a frappées de nullité, punissant les coupables conformément à l'article 13 et 14 de la loi du 23 juillet 1874(1). La loi a été prévoyante et punit de 500 à 10.000 francs l'émission d'actions et leur négociation contrairement à ces dispositions.

Laissant de côté la répression de la fraude, cherchons à analyser le problème qui se dégage : est-ce qu'une société en participation peut se former par actions ? La jurisprudence, comme nous l'avons montré plus haut, est unanime à reconnaître dans toute société en participation qui se constitue par actions, une fraude à la loi. La doctrine, cependant, est partagée. Il y a des auteurs qui soutiennent que les sociétés en participation peuvent se constituer par actions (2), et d'autres qui soutiennent le contraire (3).

1. Trib. comm. de la Seine, 11 décembre 1901, *la Loi* 1902, p. 81. — Cass., 12 juillet 1842, D. 42. 1. 378. — Paris, 8 janvier 1900, *la Loi*, 1907, p. 549. — Paris, 27 juin 1905 et 9 janvier 1907, S. 907. 2. 153.

2. Vavasseur, *Traité des sociétés*, 6^e éd., n° 282. — Poulle, *Traité théorique et pratique sur les sociétés en participation*, n°s 313 et 314. — Wahl, *Traité des titres au porteur*, n° 516 et note. S. 903. 2. 185.

3. Lyon-Caen et Renault, *Traité de droit commercial*, t. II,

M. le professeur A. Wahl discute le problème le plus complètement possible dans une note du Sirey (1).

Il pose la question de savoir si une société en participation peut émettre des titres d'obligations, si elle peut se constituer par actions.

Il dit que la société en participation, comme personne morale n'existant pas, ne peut pas contracter des dettes, mais le gérant, personne responsable, qui agit en son nom personnel, a le droit, comme toute personne capable, de contracter des obligations. Il peut émettre des titres au porteur négociables, signés par lui, et employer le produit pour ses affaires personnelles, ou pour l'association. Si sur les titres au porteur se trouve la mention que le produit sera employé au profit d'une société en participation, cette mention « n'est qu'un hommage rendu aux faits », mais comme l'association n'existe pas aux yeux des tiers, la mention ne doit pas les préoccuper. « Si la mention est, peut-être, inutile, poursuit M. Wahl, elle ne saurait être nuisible. De ce que la société en participation est occulte, il ne résulte pas qu'il soit défendu de faire connaître son existence aux titres ; il en résulte seulement qu'elle ne produit aucun effet ni à leur profit, ni contre eux. »

2^e partie, n° 1058. — Houpin, *Traité des sociétés*, n° 245 et 280. — Delangle, *Société commerciale*, n° 615. — Thaller, *Annales de droit commercial*, 1896, p. 398 et 1901, p. 333.

1. S. 903. 2. 185, note A. Wahl.

M. le professeur A. Wahl a une idée tout à fait personnelle du caractère occulte de la société en participation. Pour lui, il suffit que la société ne soit connue en droit — d'après les formalités légales qui révèlent au public l'existence des sociétés — et quoique la société ait fait tout pour être connue en fait, cela ne lui enlève pas son caractère occulte. Notre opinion est tout à fait différente. Le gérant, en effet, a le droit de contracter des obligations en son nom personnel, mais dès qu'il a montré par ses agissements qu'il travaille au nom d'une société, les juges ont le droit de qualifier cette société de société en nom collectif, et par conséquent de lui appliquer toutes les dispositions concernant cette société.

Continuant, M. le professeur Wahl trouve une autre explication au fait de l'émission des titres au porteur. Il dit que, sans doute, la société en participation ne peut pas émettre des titres, mais elle peut se constituer et elle ne fait pas autre chose que se constituer par l'émission des parts sociales. Dira-t-on que le fait matériel de l'émission suppose une existence qui ne lui appartient pas? Mais ce fait matériel n'a aucun caractère juridique... Par l'émission, le gérant entre en relations avec les tiers auxquels il remet les titres et qui immédiatement deviennent ses co-associés. Ces titres, d'après M. Wahl, ne sont pas des titres d'obligations, mais sont des titres qui constatent le droit de leurs porteurs aux bénéfices de l'affaire et à l'actif de la communauté, car observe M. Wahl, rien n'empêche les coparticipants de con-

tracter une communauté. Ces titres, M. Wahl les appelle *parts dans la société* et non *parts bénéficiaires* comme les a appelées la jurisprudence, puisque cette dernière dénomination implique l'idée de créance vis-à-vis de la société, et la société n'existe pas comme personne capable de contracter ; la société, ce sont les porteurs eux-mêmes et eux-mêmes ne peuvent être créanciers vis-à-vis d'eux-mêmes.

Ici, comme précédemment, nous faisons la même observation : par le fait de l'émission des titres, les tiers n'ont-ils pas été informés que le gérant représente une société ? Et voilà que le caractère de la société est changé dès le moment de sa constitution. Pour expliquer la forme des titres, la part dans les bénéfices et l'actif commun, M. Wahl invoque l'article 48 du Code de commerce. Pour motiver le droit de cession, il dit que chaque personne peut vendre le droit qu'elle a dans un fond commun. Dans le cas où il n'y a pas un fond commun, ajoute M. Wahl, les participants ont droit à une action en reddition de compte. Nous prétendons, au contraire, que ces titres négociables, qui donnent droit à l'administration de la société, à la totalité des bénéfices et à l'actif social, sont des actions. D'après M. Wahl, donc, la société en participation peut se créer par actions. A l'objection qu'on peut lui faire que la loi du 24 juillet 1867 impose des formes rigoureuses de publicité aux sociétés dont l'existence est portée à la connaissance du public, il répond que ces obligations sont exclusivement réservées aux sociétés en commandite par

actions et aux sociétés anonymes, pour sauvegarder les intérêts des tiers, des créanciers. Cet intérêt existe même dans les sociétés civiles, puisqu'elles sont connues, tandis que les sociétés en participation n'étant pas connues officiellement, on ne peut pas les obliger à des formalités de publicité. Nous croyons que l'opinion de M. Wahl n'est pas conforme aux textes de la loi actuelle. Il part d'une prémisse fausse, à savoir que la société en participation ne perd pas son caractère si les tiers ont connaissance exacte de son existence, d'une autre manière qu'officiellement. La conclusion, basée sur une telle prémisse, ne pouvait être que fausse.

Comme conclusion, nous disons qu'une société qui a été constituée par actions, doit accomplir les dispositions de la loi du 24 juillet 1867 et en les accomplissant elle n'est plus une société en participation.

CHAPITRE V

CONTRATS QUI ONT UNE RESSEMBLANCE AVEC LE CONTRAT DE SOCIÉTÉ EN PARTICIPATION

Il y a deux contrats qui ont beaucoup de ressemblance avec le contrat de société en participation, et qui ont donné place à des discussions en doctrine et

à des solutions contradictoires en jurisprudence. Les contrats de prêt à intérêt avec clause de participation aux bénéfices et le contrat de louage de service avec la même clause.

*Le contrat de prêt à intérêt avec clause
de participation aux bénéfices*

Les prêteurs d'argent, voulant profiter des avantages des contrats de société en participation et en même temps ne voulant pas en encourir les désavantages, ont trouvé le moyen de cacher leur qualité d'associés, par celle de prêteurs à intérêt, avec la clause de participation proportionnelle aux bénéfices. Avant la loi du 12 janvier 1886 qui a affranchi l'intérêt commercial de toute restriction de taux, les prêteurs, pour cacher les intérêts usuraires qu'ils stipulaient, trouvaient plus commode de prendre la qualité d'associés, mais ils avaient toujours soin, en s'associant, de s'entourer de toutes sortes de clauses, pour ne pas prendre part aux pertes et, de la sorte, sauvegarder leurs capitaux. A présent la qualité de prêteurs leur paraît plus avantageuse que celle d'associés, surtout qu'elle cache celle d'associés. La distinction théorique entre un prêteur à intérêt, même avec clause de participation proportionnelle aux bénéfices, et un vrai associé, est facile à faire ; mais la distinction pratique est plus difficile. Si on se contente de chercher la vraie qualité d'un prêteur dans l'acte qu'il a fait avec son débiteur, ce sera le meil-

leur moyen d'encourager la fraude. D'après un arrêt de la Cour de cassation (1) la stipulation d'une part de bénéfices est exclusive de l'idée de prêt et prouve la société. Il s'agissait d'un notaire qui avait stipulé, comme intérêt, un taux fixe de 5 o/o et une participation dans les bénéfices de la société de 50 o/o. Mais cet arrêt n'est pas bien motivé, car il n'y a aucune disposition dans la loi qui défend, pour le prêt commercial, cette modalité de prestation. Si la loi (2) a disposé une prestation fixe pour les affaires civiles, c'est pour opposer un moyen de ne pas tourner la loi du maximum, mais, dans les affaires commerciales, la liberté des conventions est sans aucune restriction (3). Même on peut stipuler la prestation dans d'autres objets mobiliers que l'argent. La Cour de cassation n'a pas persisté dans cette jurisprudence et, dans un autre arrêt elle ne se prononce plus, laissant aux juges du fond le droit de se prononcer d'après les circonstances des faits. M. le professeur Thaller, en annotant cet arrêt (4), nous donne le critérium qui nous permettra de reconnaître l'associé sous l'apparence d'un prêteur.

1. Cass. req., 18 mai 1896. D. 97. 1. 249.

2. V. l'article 1^{er} de la loi du 3 septembre 1807 qui fixe que l'intérêt conventionnel en matière civile ne peut dépasser 5 o/o.

3. Même avant la loi du 12 janvier 1886, un prêteur ne perdait pas la qualité de prêteur s'il stipulait 6 o/o comme intérêt fixe et une participation aux bénéfices, car la participation aux bénéfices était aléatoire et il se pouvait de ne prendre rien (D'après la loi du 3 septembre 1807, l'intérêt conventionnel ne pouvait pas excéder 6 o/o en matière commerciale.)

4. Cass., 3 mars 1903. D. 904. 1. 257.

D'après lui, on ne peut se prononcer sur le point de savoir si une personne déterminée joue le rôle de prêteur qu'en observant la manière dont elle se conduit dans la société. S'il y a une personne qui, dans l'acte de prêt, a pris la qualité de prêteur et cependant critique la marche des affaires sociales ; ne se contente pas des bilans qu'on lui présente et les contrôle d'après les registres ; qui impose sa volonté, en un mot, qui fait acte de gouvernement ou d'ingérence, comme dit M. Thaller, cette personne n'est pas un prêteur, mais un associé. Le vrai prêteur n'a le droit de contrôler les registres, de vérifier les comptes que dans le cas où il invoque la fraude ; autrement, il doit continuer à se fier aux bilans qu'on lui présente.

Reconnaissant l'associé sous le masque du prêteur, on doit lui appliquer les conséquences compatibles avec sa qualité d'associé.

Il ne peut, par exemple, demander la faillite du gérant avant de constater, par la vérification des comptes, sa qualité de créancier ; il ne peut pas se présenter à la faillite du gérant pour le montant de la somme qu'il a versée, comme pourrait le faire un vrai prêteur. Une conséquence plus grave l'attend si, par quelque acte il a dévoilé en dehors de la société, sa qualité, c'est-à-dire si, ne se contentant pas de faire des actes d'ingérence, ou de collaboration dans l'administration interne de la société, il a révélé aux tiers intéressés, sa qualité d'associé, par des

actes d'immixtion dans l'administration externe de la société.

Au point de vue d'enregistrement, il y a une différence entre les taxes sur les contrats de prêt et les contrats de société. Le contrat de prêt est soumis au droit d'enregistrement de 1 0/0 (loi du 22 frimaire, an VII, art. 69); tandis que le contrat de société, au droit de 0,20 0/0 (loi du 28 avril 1893, art. 19).

*Le contrat de louage de service avec clause
de participation aux bénéfices*

Des patrons trouvent que leur industrie, leur commerce prospèrent s'ils font une part dans les bénéfices à leurs employés. Les modalités choisies sont ou un traitement mensuel fixe et une participation proportionnelle aux bénéfices, ou simplement une participation aux bénéfices dans une mesure qu'ils décident. Ces contrats, regardés superficiellement, donnent l'impression de contrats de société en participation. La loi n'a donné aucune définition de cette espèce de contrat, quoique, lors de la confection du Code civil on en ait proposé une (1). La

1. Le tribunal d'appel de Lyon, dans ses observations sur le projet de Code civil, avait proposé une disposition pour ce contrat: « Les commis, artistes ou employés de la société, sous quelque dénomination que ce soit, à qui elle accorde une part quelconque dans les bénéfices, à titre d'encouragement ou pour lui tenir lieu de son salaire, en tout ou en partie, ou le droit d'opter pour son salaire, entre une somme fixe et une portion des bénéfices, n'est point associé: il n'est pas tenu des pertes » (V. l'article 32 du projet).

jurisprudence a été souvent appelée à se prononcer. Une définition ne se dégage d'aucun de ses arrêts, ceux-ci se prononçant toujours d'après les circonstances et les faits. Mais une analyse attentive des arrêts dans la question peut nous permettre de dégager un critérium à l'aide duquel on ne se trompera pas pour décider que tel contrat contesté est un contrat de louage d'ouvrage ou un contrat de société en participation. Nous avons dit, en parlant du contrat de société en participation, qu'une des conditions essentielles de ce contrat est la participation aux bénéfices et aux pertes. La participation aux bénéfices, nous la trouvons aussi dans le contrat de louage de services, comme elle se trouve dans le contrat de société en participation, mais la participation aux pertes nous ne la trouvons pas dans le contrat de louage de services. La deuxième condition essentielle du contrat de société est la mise. On pourra dire que cette condition est accomplie par celui qui loue ses services, comme par le participant dont la mise consiste en son industrie. L'objection a seulement l'apparence d'être juste ; car, en réalité, il y a une chose qui distingue énormément la mise en industrie du participant, des services de l'employé ; c'est que l'employé n'est pas animé de l'intention de faire part d'une société : il lui marque l'*affectio societatis*, qui colore l'apport d'industrie dans une société.

Une autre condition qui distingue le contrat de société en participation du contrat de louage de ser-

vices, est le temps pour lequel ces deux contrats peuvent être conclus. Le contrat de société en participation, comme tout contrat de société, peut avoir une durée illimitée ; tandis qu'un contrat de louage de services, avec une durée illimitée est contraire à l'ordre public. En cas de faillite du patron, si c'est un louage de services, l'employé a, pour sa part dans les bénéfices, un privilège : si c'est une société, il n'y a pas de privilège pour sa créance.

L'employé ne peut pas voir saisir son salaire que dans la mesure que détermine la loi du 12 janvier 1895, tandis que rien d'analogue n'existe pour la créance en cas de société (1).

Mais le trait caractéristique qui nous fait voir immédiatement s'il s'agit d'un contrat de société en participation ou un contrat de louage de services, c'est l'état de dépendance de l'employé vis-à-vis de son patron, état qui découle des rapports contractuels entre eux. Ce critérium a servi récemment à la Cour de cassation, pour donner à un contrat de louage de services sa véritable qualification.

Il s'agissait d'un patron, qui, pour se soustraire à une condamnation pénale encourue pour ne pas avoir donné le repos hebdomadaire à son employé, invoquait une prétendue société en participation qui aurait existé entre lui et son employé. Il justifiait cette société par le fait que entre eux existait une

1. V. Ch. Lyon-Caen et Renault, *Traité de droit commercial*, t. II, n° 5 e. et g..

comptabilité spéciale, destinée à faire ressortir les bénéfices réalisés dans l'entreprise.

La chambre criminelle n'a pas accepté ce moyen de défense : « Attendu que cette convention n'a pas eu pour effet de transformer en un contrat de société le louage d'ouvrage qui existait entre les parties ; Que c'est à titre de rémunération de ses services dans la maison de commerce que Bauré reçoit, en sus de ses appointements fixes, une part dans les bénéfices ; Que cette part ne lui est même accordée qu'à la condition que les bénéfices s'élèveront à un chiffre déterminé ; Que Foraste reste le seul maître de l'affaire et que *Bauré continue à se trouver, vis-à-vis de lui, dans un état de dépendance incompatible avec la qualité d'associé ;*

« Attendu que la comptabilité spéciale, à laquelle le juge de police s'est référé, ne révèle nullement l'existence d'une association, qu'elle était indispensable pour l'exécution de la convention qui faisait de Bauré un employé intéressé... Casse (1). »

Cependant, souvent la qualification des faits est laissée à la souveraine appréciation des juges du fond. Ainsi il a été jugé que la convention par laquelle les propriétaires d'un hôtel meublé, en cédant la gestion à un tiers envers lequel ils s'engagent à payer pour la gestion un traitement fixe et avec stipulation qu'ils prélèveront annuellement sur les

1. Cass. crim., 8 fév. 1908. S. 908. 1. 304. — V. aussi Cass., 1^{er} juin 1875. D. 1875. 1. 417 et note. — Cass., 17 av. 1872. D. 73. 1. 311.

bénéfices une somme déterminée et partageront le surplus avec le gérant, constitue une association en participation et non un mandat salarié ou un louage de services (1).

Syndicat d'émission

Une société en participation peut être formée entre sociétés commerciales comme entre particuliers; on l'appelle alors plus spécialement syndicat de participation. Ces syndicats sont le plus fréquemment constitués pour la création d'une société par actions, pour l'achat d'actions ou d'obligations en vue de les revendre avec une prime; pour l'achat à forfait de l'actif d'une société en liquidation ou en faillite en vue de la liquider au bénéfice des sociétés syndiquées; pour la création et l'exploitation d'une grande exploitation à laquelle elles coopèrent par l'entremise du gérant de la participation (2). Nous nous occuperons d'un de ces syndicats, du syndicat d'émission, qui, dans les derniers temps, a pris une grande place dans les affaires.

Lorsqu'une société veut se constituer, ou lorsque, déjà constituée, elle veut augmenter son capital par l'émission de nouvelles actions ou par des obligations, et ne veut pas risquer l'incertitude d'une souscription publique, elle s'adresse à une société finan-

1. Trib. de Thonon sous Cass., 21 mars 1876. D. 76. I. 197.

2. Alauzet, *op. cit.*, t. I, n° 407.

cière de banque, qui, en échange des avantages et émoluments qu'elle lui concède, prend sur elle la responsabilité du placement. Si l'affaire est importante, la maison de banque, pour partager le risque, s'associe avec d'autres, et ensemble forment une société en participation *sui generis*, connue dans le monde financier sous le nom de syndicat d'émission. La nature de cette société est celle d'une vraie société en participation. La société émetteuse ne traite qu'avec une seule personne (1), le gérant-banquier chef, qui s'oblige en son nom.

Il y a différents types de syndicats, d'après l'organisation interne adoptée par les syndicataires.

Quelquefois, le gérant du syndicat — un banquier ou le représentant d'une société de banque, souscrit les titres à un taux assez bas, et, par l'intermédiaire des maisons participantes, ils sont placés dans leur clientèle respective, avec prime. La différence entre le prix auquel le gérant les a achetés pour les syndicataires et le prix de placement au public forme le bénéfice des participants, qui est partagé entre eux au prorata des mises.

Si l'affaire concerne une société qui se constitue, le gérant du syndicat ne peut pas souscrire tout le nombre d'actions, car, d'après la loi du 24 juillet 1867 une société ne peut pas se constituer avec un nombre de membres moindre de sept, et pour satisfaire à

1. Paris, 12 déc. 1893, D. 96. 2. 418 et note Pic. — Houpin, *Traité des sociétés*, n° 451. — *Jurisprudence générale*, par Dalloz, *supplément*. V. Société, n° 1225-1229.

cette exigence de l'article 23 de ladite loi, le gérant du syndicat d'émission s'adjoint un certain nombre d'hommes de paille.

Si le placement des actions n'a pas réussi à se faire en entier, les participants restent propriétaires des actions qui n'ont pas été vendues, en proportion de leurs mises, et en rapport inverse du placement qu'ils ont fait dans leur clientèle, car il serait injuste qu'un banquier ou une société syndicataire, qui a placé peut-être tout le nombre d'actions proportionnel à sa mise, fut encore obligé de prendre sur lui un autre nombre d'actions.

Un autre mode de fonctionnement du syndicat est le suivant : le gérant achète les titres mais il les partage entre les syndicataires sans en garder pour lui. Son bénéfice consiste dans un tant pour cent qu'il se réserve sur le prix auquel la société émetteuse les lui a vendus. Cependant, son rôle n'est pas terminé. Il doit surveiller et soutenir le cours.

La troisième manière de fonctionnement du syndicat consiste en ceci que le syndicat prend l'engagement de souscrire toutes les actions que le public ne souscrira pas. Le vrai souscripteur est le public qui traite directement avec la société émetteuse. Ici la souscription de la part du syndicat n'est que subsidiaire et éventuelle et non pas actuelle et ferme. Mais, pour l'engagement que le syndicat contracte de garantir la souscription, il touche une prime, une sorte de commission de courtage. Le bénéfice de

partage dans la proportion des mises des participants.

Pour pouvoir placer avec facilité les actions et les obligations dont le syndicat s'est chargé de faire le placement, on emploie la réclame. Si l'affaire n'est pas sérieuse, on cherche à fausser l'opinion publique. La loi (1) a prévu le fait et punit des peines indiquées par l'article 405 du Code pénal ceux qui, par publication faite de mauvaise foi, ont obtenu ou tenté d'obtenir des souscriptions ou des versements.

CHAPITRE VI

Le Droit fiscal des sociétés en participation

Le timbre. — En vertu des articles 1 et 2 de la loi du 13 brumaire, an VII, tout acte constatant un contrat de société doit être rédigé sur timbre. Le droit de timbre, étant un droit de consommation, n'est pas exigible dans le cas où la société n'est pas constatée par un acte écrit, comme le cas peut advenir pour la société en participation, puisque la loi ne lui impose aucune des formalités prescrites pour les autres sociétés (V. l'art. 50 du C. comm.).

1. V. la loi du 24 juillet 1867, article 15.

Les droits d'enregistrement

L'article 19 de la loi du 28 avril 1893 soumet à la perception du droit proportionnel de 0,20 o/o (1), les actes de formation et de prorogation de société qui ne contiennent ni obligation, ni libération, ni transmission de biens meubles ou immeubles, entre les associés ou autres personnes, par le montant total des apports mobiliers et immobiliers, déduction faite du passif (2).

1. Le droit proportionnel de 0,20 o/o de la loi du 28 avril 1893, article 19, a remplacé un droit fixe gradué de 5 francs pour 5.000 francs (V. l'art. 1, n° 1 de la loi du 28-29 février 1872). Le droit fixe gradué de la loi du 28-29 février 1872 avait remplacé un droit fixe (non gradué) de 5 francs (V. l'art. 45, n° 2 de la loi du 28 avril 1816). Le droit fixe non gradué de 5 francs de la loi du 28 avril 1816 avait remplacé à son tour le droit fixe non gradué de 7 francs (V. l'art. 68, § III, n° 4 de la loi du 22 frimaire, an VII (12 décembre 1798)).

2. Le fait de ne soumettre les actes de formation des sociétés qu'à un droit proportionnel de 20 centimes pour 100 francs est une mesure de faveur pour encourager la formation des sociétés. Cette mesure de faveur a été expliquée par l'idée que les apports des associés ne sont pas l'objet d'une aliénation définitive jusqu'au partage de l'actif social. Nombreux arrêts de la Cour de cassation ont consacré cette interprétation : « Attendu en droit que toute mutation de propriété d'immeuble est soumise au droit proportionnel, que c'est par une faveur spéciale que la loi de l'enregistrement, en cas de société, permet que, lorsqu'un associé apporte dans la société, comme mise sociale, la propriété d'un immeuble, il ne soit perçu qu'un droit fixe ; que, dans ce cas, chaque associé est censé retenir conditionnellement la propriété de son apport jusqu'à l'événement du partage, mais que si, lorsque cet événement s'accomplit, le dit partage attribue tout ou partie des apports à un ou plusieurs associés autres que l'ancien propriétaire, la condition suspensive

Est-ce que ces droits d'enregistrement sont applicables aux actes de formation des sociétés en participation ?

Il y a des auteurs qui soutiennent que l'affirmative ne peut pas être contestée.

Ils disent que les lois actuelles (V. la loi du 22 frimaire an VII, art. 68, § 3, n. 4 ; la loi du 28 février 1872, art. 1^{er}, n. 1 ; la loi du 28 avril 1893, art. 19) embrassent dans des formules très générales les sociétés de toute nature, partant et les sociétés en participation qui sont une sorte de société. Par conséquent, les actes de formation des sociétés en participation doivent être soumis aux droits d'enregistrement de 0,20 o/o.

La question de l'application de la loi des 28-29 février 1872 (1) aux sociétés en participation, a été résolue par la Cour de cassation dans le sens que cette loi s'applique aux actes de formation des sociétés en participation.

La Cour de cassation motive son arrêt de la manière suivante : la loi des 28-29 février 1872 soumet au droit gradué de 5 francs pour 5.000 francs (à présent 0 fr. 20 pour 100 fr.), les actes de formation

étant désormais réalisée dans le sens d'une mutation définitive, le droit proportionnel doit être acquitté sur la valeur au jour de l'apport en société des biens ainsi transmis d'une tête à une autre. » (Cass., 28 janvier 1891. S. 96. I. 419)

1. C'est toujours la loi des 28-29 février 1872 qui est en vigueur, car la loi du 28 avril 1893 n'a pas changé la teneur de cette loi. L'article 19 de la loi du 28 avril 1893 a changé seulement le taux de 5 francs pour 5.000 francs en un droit proportionnel de 0,20 o/o.

de toutes les sociétés, sans distinguer si elles sont ou non personnes morales ; il suffit que plusieurs personnes, conformément à l'article 1833 du Code civil aient apporté quelque chose pour permettre à la collectivité d'atteindre son but, pour que le montant de son apport soit soumis au droit gradué, — actuellement droit proportionnel (1). Il y a des auteurs qui soutiennent que le droit gradué, — à présent le droit proportionnel, ne doit pas être perçu sur les apports des membres des sociétés en participation. Ces sociétés n'ayant pas la personnalité juridique, ces apports forment une indivision et par conséquent on doit percevoir 2 o/o sur les apports meubles, 7 o/o sur les apports immeubles, et, dans le cas où les apports sont meubles et immeubles, on réglera la perception d'après la disposition de l'article 9 de la loi du 22 frimaire an VII (2).

Notre opinion est que la loi du 28 février 1872, avec la modification apportée par l'article 19 de la loi du 28 avril 1893, n'a pas compris sous la dénomination de société « et la société en participation ». Pour la loi fiscale, comme pour le public, le groupement qui veut faire des affaires en compte à demi, est inexistant. Légalement parlant, ce groupement n'a pas un patrimoine — il n'y a pas d'apports faits à un être juridique. Pour le fise, comptent seuls les

1. Cass., 30 décembre 1884. S. 86.1.321.

2. En ce sens, Naquet, *Traité théorique et pratique des droits d'enregistrement*, t. II, n° 56.

êtres moraux. A ces êtres, il fait des faveurs en leur permettant d'être crédateurs, débiteurs, propriétaires ; à ces êtres, en échange, il demande, comme aux êtres physiques, des impôts.

Quoiqu'il en soit la solution, en fait, cette taxe frappe rarement l'apport d'une société en participation. L'acte de cette société peut être fait sous seing privé et, d'après la loi, son enregistrement n'est pas obligatoire. Si quelqu'un veut se servir de cet acte en justice, forcément il doit payer la taxe d'enregistrement, mais seulement alors.

L'impôt sur le revenu des valeurs mobilières.

On se demande si les revenus des sociétés en participation sont soumis à l'impôt de 4 o/o de la loi du 29 juin 1872 modifiée par la loi du 26 décembre 1890, article 4 ? Sur cette question, les opinions sont partagées. Ceux qui soutiennent que la loi du 29 juin 1872 s'applique aussi aux revenus des sociétés en participation comme aux revenus des autres sociétés raisonnent de la manière suivante : la loi du 29 juin 1872 est conçue dans des termes aussi généraux que ceux de la loi du 28 février 1872 relatifs au droit gradué qui a été remplacé par un droit proportionnel. La Cour de cassation, appliquant cette dernière loi aux sociétés en participation, par analogie, la loi du 29 juin 1872 sur le revenu des valeurs mobilières doit être appliquée aux sociétés en participation. Cette loi s'est posée comme seul but d'imposer les revenus

des sociétés. Elle ne fait aucune distinction entre les sociétés personnes morales ou non (1).

L'opinion de ceux qui combattent l'application de la loi du 29 juin 1872 aux sociétés en participation, est soutenue avec des arguments convainquants. La taxe de 4 o/o, disent-ils, ne frappe que le revenu des capitaux qui sont sortis du patrimoine de leur propriétaire et ont passé dans celui d'une personnalité juridique distincte — ce qui n'est pas le cas de la société en participation. Dans cette société, une personne traite en son propre nom et pour elle, — il n'y a pas d'opérations sociales pour pouvoir parler de revenus sociaux. Si le législateur, continuent-ils, avait entendu atteindre les associations en participation, il n'aurait pas manqué, lors de la loi interprétative du 1^{er} décembre 1875, de faire bénéficier la part du capital propre à l'associé gérant de la participation de la faveur qu'il accorde en termes formels aux associés en nom collectif et aux commandités d'une société en commandite simple.

Les lois fiscales, comme les lois pénales, doivent être interprétées restrictivement ; leur texte précis ne doit pas être élargi et l'impôt ne doit être exigé que quand sa perception est commandée par un texte positif et exempt de toute obscurité. Et puis,

1. *Dictionnaire de droit d'enregistrement*, F. 5. V^o Société n^o 32, et suiv. — Naquet, *Rép. pér. de l'enregist.* — Garnier, 1887, n^o 6816. — Wahl, *Traité de droit d'enregistrement*, t. 3, n^o 572. — Pand. Rép. V. *Société en part.* n^o 748 et suiv.

ajoutent-ils, la Cour de cassation évite de se prononcer quoi qu'elle ait eu l'occasion de le faire, plusieurs fois (1).

En effet, deux fois l'occasion s'est présentée à la Cour suprême de se prononcer et, ces deux fois, elle a pris une route de biais pour ne pas donner son opinion. La première fois que la question a été posée devant la Cour de cassation, il s'agissait d'une société civile pour la mise en valeur de deux immeubles. La Direction générale de l'enregistrement avait imposé le revenu de cette société de l'impôt 2 o/o, conformément à l'article 1^{er} de la loi du 29 juin 1872. Le tribunal avait qualifié la société de société civile.

Les intéressés se pourvurent en cassation, soutenant que leur société était une société en participation. La Cour évite de se prononcer sur le point de savoir si les revenus des sociétés en participation sont soumis à l'impôt; elle maintient le jugement du tribunal, adoptant la qualification de société civile que les premiers juges avaient donnée (2).

La deuxième fois, la question se présente en 1887. Plusieurs personnes forment une société pour étudier et évaluer le devis du percement du canal de Panama.

1. En ce sens : Garnier, *Rép. pér. de l'enregistrement*, t. III. V^o *Impôt sur le revenu*, n^o 9526. — Naquet, *Traité des droits d'enregistrement*. t. II, 1^{re} éd., n^o 674. — Demasure, *Traité du régime fiscal des soc.*, n^o 200. — H. Tanquerey, *Traité de l'impôt sur le revenu*, n^o 27. — Testaud, *Rev. crit.* année 1887, p. 79 et s.

2. Cass., 13 avril 1886. S. 1887. I. 181.

La société présente tous les signes caractéristiques d'une société civile. Cette société obtient du gouvernement de la Colombie le privilège exclusif du percement de l'isthme. Elle cède son droit avec un bénéfice réel de 7.000.000 francs.

L'administration de l'Enregistrement demande 3 o/o sur ce bénéfice. Les associés se défendent en donnant pour motif que leur société est une société en participation. La Cour de cassation, devant laquelle l'affaire est portée, évite cette fois aussi de se prononcer sur le point de savoir si les sociétés en participation sont soumises à la taxe de 3 o/o, remplacée à présent par 4 o/o, et par son arrêt décide que la société imposée est une société civile (1).

L'administration de l'Enregistrement, qui doit défendre les intérêts du fisc dans les instances judiciaires, s'est prononcée une première fois (2) en ce sens que la taxe sur le revenu ne doit pas être appliquée aux sociétés en participation.

Une deuxième fois (3), sans discuter la question de principe, elle a soutenu seulement que la société qu'elle voulait soumettre à la taxe n'avait pas le caractère d'une société en participation.

Une autre fois (4) elle s'est bornée à dire qu'il était « prudent de ne pas exiger de taxe d'une association en participation, car la jurisprudence incline

1. Cass., 9 février 1887. S. 1888. 1. 177 et la note.

2. V. Besson, *Traité pratique de la taxe 3 o/o*, n° 66.

3. V. *Rép. pér. de l'Enregistrement*, 1880, n° 5501.

4. V. le *Journal de l'Enregistrement*, 21.821.

à admettre que la loi du 29 juin 1872 est inapplicable aux conventions de ce genre». Enfin (1), à l'occasion de l'affaire qui a donné lieu à l'arrêt du 13 avril 1886, elle a soutenu très catégoriquement que les sociétés en participation étaient soumises aux dispositions de la loi du 29 juin 1872.

Quant à la jurisprudence des tribunaux, elle est unanime à décider que les revenus des sociétés en participation sont exemptés de la taxe de 4 o/o (2).

Nous croyons que la loi du 29 juin 1872, si elle venait à être appliquée aux sociétés en participation, serait une loi platonique et illusoire, puisque les agents du fisc, par la nature de cette société, non seulement ne connaîtraient pas les revenus, mais ne connaîtraient pas même l'existence de ces sociétés.

1. V. *Rép. pér. de l'Enregistrement de Garnier*, 1886, n° 6.665 (V. aussi Besson, *Tr. pratique de la taxe 3 o/o*, n° 73).

2. V. Tr. de Lille, 20 mars 1880, *Rép. pér. de Garnier*, 1880, n° 5.501. — Tr. de la Seine, 18 décembre 1885, *Journal de l'Enregistrement*, 1886, n° 22.580. — Tr. de Châtellerault, 17 décembre 1906. S. 909.2.61. — Tr. de la Seine, 29 janvier 1892 sous Cass., 24 juillet 1893. S. 1894. 1. 294. — Tr. de la Seine, 17 janvier 1890, *Rép. pér. de l'enregistrement Garnier*, n° 7.386.

CHAPITRE VII

La Société en participation et le projet de M. Poulle. — Notre proposition

Les quelques lignes qui forment les articles concernant la société en participation, les divergences de la jurisprudence dans la première moitié du siècle passé, la divergence de la doctrine sur les points controversés ont contribué énormément à empêcher que cette institution puisse donner les résultats auxquels on s'attendait. La loi met à la disposition des hommes d'affaires une société facile à constituer et à prouver ; mais ces avantages ont été méconnus par ceux à qui on s'adressait et ont été plutôt appréciés par les individus malhonnêtes qui ont trouvé, dans le caractère occulte de cette société, dans le manque de formes légales dans la constitution, dans la multiplication des moyens de preuve, autant de facilités pour tourner la loi.

M. Poulle, auteur d'une œuvre (1) méritoire sur les sociétés en participation, voulant donner au commerce une institution adaptée à ses besoins, a déposé sur le bureau du Sénat, en octobre 1908, un

1. Poulle, *Traité théorique et pratique sur les associations en participation*.

projet de loi, tendant à modifier et compléter les articles de la société en participation.

Le rapport qui accompagne ce projet est conçu dans les termes suivants : « L'association en participation a pris de nos jours une importance considérable, à raison même de la concurrence qui existe. Elle se présente comme un moyen excellent pour lutter avec succès contre la concurrence et soutenir certaines industries particulières. Le commerçant reste seul en apparence sur la brèche pour lutter et pour vaincre ; mais, derrière lui, inconnus de tous, des capitalistes, moyennant une juste rémunération, lui fournissent les ressources dont il peut avoir besoin. Pour tous, il est un commerçant isolé, n'agissant qu'avec ses seules ressources ; mais, en fait, il est le gérant d'une association cachée, occulte, dont les membres n'apparaissent pas. L'association en participation présente ainsi un double avantage : d'une part, pour le commerçant qui peut commencer et mener à bonne fin des entreprises relativement considérables ; d'autre part, pour le capitaliste qui trouve facilement l'emploi fructueux de sommes disponibles.

Tels sont les avantages que présente la participation. Mais quels en sont exactement les caractères et les effets ? C'est ce que ne dit pas le Code de commerce. Ne précisant pas les conditions de validité et les caractères juridiques de ce genre d'association, il ne le définit pas d'une façon rigoureusement exacte, d'où de graves difficultés dans la pratique pour

savoir si l'on se trouve, ou non, en présence d'une véritable participation. De là des procès nombreux aussi. Quels sont les effets de la participation au double point de vue des relations des associés entre eux et de leurs rapports avec les tiers ? Comment et pour quelles causes prend-elle fin ? Même silence dangereux, mêmes inconvénients du Code de commerce » (1).

LA PROPOSITION DE LOI DE M. POULLE

ART. 47. — La loi reconnaît les associations commerciales en participation.

Les associations commerciales en participation sont relatives à une ou plusieurs opérations de commerce et elles ont lieu pour les objets, dans les formes, avec les propositions d'intérêts et aux conditions convenues entre les participants.

La participation est occulte, et elle n'est point révélée officiellement aux tiers.

Elle n'est pas soumise aux mesures de publicité et aux formalités prescrites pour les autres sociétés. Elle ne comporte nécessairement ni capital social, ni raison sociale, ni domicile particulier. Chaque associé traite avec les tiers en son nom personnel. Elle ne constitue pas une personne morale.

ART. 48. — La participation peut être constatée par la représentation des livres, par la correspondance et par tous les moyens admis par la pratique commerciale.

1. Procès-verbal de la séance du 30 octobre 1908.

La preuve testimoniale est admise si le tribunal juge qu'elle peut l'être, mais sans qu'il y ait jamais lieu de faire aucune distinction entre les tiers et les participants.

ART. 49. — Chaque associé, dans ses rapports avec ses coassociés, est tenu d'exécuter ses engagements, conformément à ce qui a été décidé au moment de la formation de la société.

Le participant qui n'a pas la gestion de la participation a le droit de demander communication écrite du bilan, et de vérifier son exactitude en compulsant les livres et papiers. Pour des motifs graves, les tribunaux peuvent, à la requête des participants, ordonner à tous moments la communication du bilan et d'autres renseignements, ainsi que la production des livres et papiers.

Les participants peuvent convenir que leur mise leur donnera droit à des titres cessibles et négociables.

Les tiers n'ont aucun droit de préférence sur les biens qui composent l'actif de l'association en participation.

Les participants ne peuvent être tenus, en principe, ni solidairement, ni directement à raison des engagements passés avec les tiers par le gérant, lors même que l'affaire entreprise aurait tourné au profit des participants inactifs. Les participants sont cependant tenus solidairement et directement lorsqu'ils l'ont déclaré expressément, lorsque les négociations ont été conclues au nom de tous les associés et par leur ordre, ou lorsqu'ils constituent un mandataire commun. Lorsque la faillite du participant, gérant ou propriétaire du fonds de commerce est déclarée, les participants inactifs peuvent produire, en qualité de créanciers de la faillite, pour le montant de leur apport, autant que celui-ci dépasse la

part de perte qui leur incombe. Si l'apport n'a pas été versé, le participant devra remettre à la masse, jusqu'à concurrence de la somme nécessaire pour couvrir sa participation aux pertes.

ART. 50. — Les règles indiquées par la loi et suivies pour la dissolution des sociétés civiles s'appliquent aux associations commerciales en participation, en tant qu'elles ne sont pas contraires aux caractères constitutifs de la participation. Après la dissolution de l'association, la liquidation en est faite, en principe, par l'associé gérant. Dès qu'elle est terminée, il rend compte de ses résultats, en mettant sous les yeux des intéressés tous les documents et pièces à l'appui.

En général, le projet de M. Poulle propose les solutions acceptées par la doctrine et par la jurisprudence ; cependant, sur quelques points, l'auteur propose des solutions tout à fait contraires. Le premier point sur lequel l'auteur du projet propose une solution contraire à la doctrine et à la jurisprudence est sur le caractère de la société en participation. D'après M. Poulle, une société en participation est et reste occulte quoi qu'elle soit connue par le public d'une autre manière que par la publicité officielle. Voilà la solution proposée : « La participation est occulte, et elle n'est point révélée officiellement aux tiers » M. Poulle voudrait que la société en participation jouisse des bienfaits de la publicité officieusement, pour agrandir le crédit du gérant, mais ne lui impose aucune mesure de publicité légale. C'est le renversement de fond en

comble de la conception actuelle de la société en participation.

Un autre point sur lequel se prononce le projet, c'est sur le capital social, la firme et le domicile. D'après le projet, la société en participation n'a ni capital social, ni firme, ni domicile *nécessairement*, mais, s'ils existent, ils ne sont pas incompatibles. Voilà les grands attributs que les sociétés en participation n'ont pas d'après la loi, et que le projet de M. Poulle leur concède.

Le troisième point sur lequel il donne une solution est celle de l'existence des « titres négociables et cessibles ». Cette solution est la permission de constituer des sociétés par actions avec la dispense des mesures édictées par la loi du 24 juillet 1867.

Le quatrième point, où il innove, n'est que le complément de ceux énoncés jusqu'ici. Il s'agit de la solidarité des associés. Voilà comment le projet résoud la question : « Les associés ne sont engagés solidairement que lorsqu'ils l'ont déclaré expressément, lorsque les négociations ont été conclues au nom de tous les associés et par leur ordre ou lorsqu'ils constituent un mandataire commun. » D'après le projet, les associés peuvent faire tout, pour convaincre les créanciers que le gérant travaille pour une société, mais ceci n'engage pas leur responsabilité. Il faut reconnaître que M. Poulle est conséquent dans cette solution avec le caractère qu'il donne à la société en participation.

Le dernier alinéa de l'article 49 du projet, impose

à l'apporteur, qui n'a pas effectué son apport, l'obligation de verser à la masse une somme nécessaire pour couvrir sa participation aux pertes. Nous croyons que cette disposition n'est ni plus, ni moins qu'une prime d'encouragement pour celui qui était en faute pour ne pas avoir effectué son apport. Pour expliquer mieux notre pensée, nous nous servirons de chiffres. Supposons que chaque participant devait apporter comme mise 200. Mettons que les affaires sociales ont donné des pertes tellement importantes, qu'elles engloutissent 50 o/o des apports. Donc les apporteurs qui ont effectué leurs apports viennent à la masse chacun pour une créance de 100.

Admettons que l'actif de la faillite ne couvre que 20 o/o du montant des créances, ceux qui ont été diligents en effectuant leurs apports retireront 20. Qu'est-ce qu'on constate avec celui qui n'a pas effectué du tout son apport ?

D'après le projet de M. Poulle, au moins, c'est ainsi que nous l'entendons, il est quitte s'il apporte à la masse une somme qui couvre sa participation aux pertes, c'est-à-dire, 100. Donc, par le fait qu'il n'a pas exécuté à temps son obligation d'effectuer son apport, il a gagné 80.

Notre proposition

Le projet, tel qu'il est conçu, n'a pas grande chance d'être transformé en loi ; ou, au cas où il aboutirait,

au lieu de modifier, en complétant une institution qui a été mise à l'épreuve, donnerait une institution qui serait plutôt un piège pour l'épargne nationale, qu'une institution de garantie.

Nous croyons que l'institution telle qu'elle est interprétée à présent par la jurisprudence, avec des petites retouches, peut très bien accomplir son but. Par exemple, nous aurions préconisé que la question des apports fut résolue autrement que comme l'admet à présent la jurisprudence et la doctrine. Nous trouvons que le fait par lequel la propriété des apports en choses déterminées reste dans le patrimoine des apporteurs respectifs, sauf convention contraire, n'est qu'un moyen de tromper les créanciers du gérant. Les Codes allemand (1), autrichien (2), ont décidé que les apports, de quelque nature qu'ils soient, entrent pour toujours dans le patrimoine du gérant, en l'agrandissant, et en servant de gage à ses créanciers. Le Code italien laisse la possibilité au participant de reprendre les choses apportées, mais seulement si la participation se termine sans une faillite, car autrement il serait un acte de mauvaise foi présentant aux créanciers, selon l'expression de M. Vivante, le mirage d'un patrimoine agrandi de tous les apports et en même temps de permettre aux participants de revendiquer leurs biens. Et puis encore, dans l'état actuel des choses, il existe une

1. V. l'article 335 du Code de commerce allemand.

2. V. l'article 256 du Code de commerce autrichien.

double mesure pour les apporteurs de sommes d'argent et pour les apporteurs de choses déterminées.

Ici, nous refaisons l'observation que nous avons déjà faite lors de l'examen du projet de M. Poulle. Pour deux apporteurs, dont l'un apporte une chose déterminée et un autre apporte une somme d'argent, en cas de faillite du gérant, il y a deux traitements différents. Celui qui a apporté la chose déterminée peut la revendiquer et payer sa part dans la perte engendrée par la participation et il est avantagé si le montant de sa participation à la perte est moins grand que la valeur de la chose, car il garde intact le reste de la valeur de la chose; tandis que celui qui a apporté une somme d'argent, est forcé de prendre part aux pertes engendrées par la société en participation et aux pertes que donne la faillite à tous les créanciers du gérant, sans distinction de qualité.

On pourra nous objecter que cette disposition qui garde aux apporteurs la propriété des apports en choses déterminées, est une garantie en cas de faillite. Mais nous estimons que c'est une très faible garantie. Le gérant a droit de vendre ces choses pour atteindre le but de la société. Eh bien, s'il ne veut pas garder les choses en nature, il trouvera le moyen de les vendre avant la faillite et de les transformer en argent. Voilà la faible garantie évanouie.

Une autre modification, que nous croyons utile, sera de limiter, au montant des mises, la participa-

tion aux pertes sociales. Les garanties de cette société sont tellement faibles que nous trouvons exagérée la participation proportionnelle et indéfinie.

CHAPITRE VIII

La Société en participation dans les législations étrangères

Nous avons fait un examen sommaire des lois des différents pays, relatif à la société en participation. Nous avons constaté qu'il y a des pays où cette institution a gardé inaltéré le caractère qu'elle a dans la loi française ; il y a d'autres pays où les dispositions de la loi française ont été modifiées légèrement, et il y a aussi des pays où l'institution n'a pas un équivalent ou a été changé tout à fait.

Le groupe des pays qui ont gardé inaltérée la société en participation telle qu'elle se trouve dans le Code français : Espagne, Colombie, Serbie, Monaco, Pays-Bas, Monténégro, Bulgarie, Turquie.

a) *L'Espagne*

(Articles 239, 243 du Code commercial)

Les commerçants pourront s'intéresser récipro-

quement dans les opérations les uns des autres à charge de contribuer aux dites opérations par le versement de tel capital convenu et de participer aux bénéfices et aux pertes. Les conventions ne demandent aucune forme. Elles peuvent être prouvées par tous les moyens de preuve.

Le gérant est seul connu ; il ne peut employer aucun moyen qui découvrirait l'existence de la société. Les tiers qui ont traité avec le gérant n'ont d'action que contre lui, à moins que le gérant ne leur ait consenti une cession expresse de ses droits. La liquidation doit être faite par le gérant qui est tenu de présenter des comptes justificatifs.

b) *Colombie*

L'Association en participation est un contrat par lequel deux ou trois commerçants s'intéressent à une ou à plusieurs opérations mercantiles immédiates ou successives, et que doit exécuter l'un d'eux en son seul nom et grâce à son crédit personnel, à charge d'en rendre compte et de partager avec ses associés les bénéfices et les pertes dans la proportion convenue. La convention, qui n'est assujettie à aucune formalité solennelle, détermine l'objet, la forme, l'intérêt et les autres conditions de l'association. Elle est occulte et, par conséquent, elle n'est pas personne morale, n'a pas de siège social, ni patrimoine collectif, ni raison sociale. Elle peut être prouvée par tous les moyens de preuve. Le gérant

seul est connu; on n'a d'action que contre lui. L'association confère aux coparticipants les mêmes droits, et les soumet aux mêmes obligations que les autres sociétés commerciales (V. les art. 629-633).

c) *Serbie, Monaco, Pays-Bas, Monténégro*

Leurs lois concernant les sociétés en participation, sont copiées sur le Code de commerce français avec des petites modifications de rédaction.

d) *Bulgarie*

La loi du 29 mai 1897, articles 268-270. En principe, entre la loi bulgare et la loi française, concernant la société en participation, il n'y a qu'une différence, c'est celle qui dispose que les objets qui entrent dans la société, soit qu'ils soient apportés par les participants, soit qu'ils soient achetés avec leur argent, sont la propriété du gérant, disposition analogue à celle du Code allemand, article 335.

Cependant, d'après la loi bulgare, les associés peuvent stipuler que leurs apports peuvent leur revenir à la fin de la société.

e) *Turquie*

(Voir articles 36-39 du Code commercial ottoman).
Entre la loi turque et la loi française, en ce qui

concerne la société en participation, il y a une différence sur les moyens de preuves. D'après la loi turque, les associations en participation peuvent être constatées par la correspondance et les livres de commerce, mais non par la preuve testimoniale.

Le groupe de pays dans la législation desquels la société en participation a subi des modifications plus ou moins sensibles : Équateur, Vénézuéla, Brésil, Suisse, Norvège, Italie, Roumanie, Hongrie, Suède.

f) *Équateur*

L'association en participation est une association dans laquelle un commerçant accorde à une ou plusieurs personnes une participation dans les profits ou les pertes d'une ou de plusieurs opérations, ou dans les profits ou les pertes de l'ensemble de son commerce. Cette participation peut avoir lieu pour des opérations commerciales même entre des non-commerçants. Le gérant est responsable seul envers celui avec qui il a traité. Les participants n'ont aucun droit de propriété sur les choses qui font l'objet de l'association même si elles ont été apportées par eux. Ils n'ont que le droit de demander la reddition d'un compte concernant les fonds qu'ils ont apportés, ainsi que les pertes subies et les profits réalisés. En cas de faillite, ils ont le droit d'être colloqués pour le montant de la différence entre leurs apports et la quote-part de perte qui leur incombe. La société en parti-

cipation est régie par les conventions conclues entre les parties. Chaque année, le gérant doit liquider les profits. Quand des employés d'un commerçant sont admis à participer aux bénéfices, la participation aux pertes ne pourra dépasser le montant de leurs profits annuels. Ces associations en participation sont exemptées des formalités établies pour les sociétés. Elles peuvent être prouvées par tous les moyens de preuve admis par la loi commerciale ; toutefois la preuve testimoniale n'est pas admissible lorsqu'il s'agit d'une affaire dont l'importance excède deux cent sucres, s'il n'y a pas un commencement de preuve par écrit (V. les art. 357-362 du code de comm.).

g) *Vénézuéla*

Les sociétés en participation sont gouvernées par les mêmes dispositions que celles de la république d'Équateur. La preuve par témoins n'est pas admissible sans un commencement de preuve par écrit, sinon pour les affaires ne dépassant pas deux mille bolivars (V. les art. 321-326 du code de comm.).

h) *Brésil.*

Quand deux ou plusieurs personnes dont l'une au moins est commerçante, se réunissent, sans raison sociale, pour réaliser des bénéfices communs, dans une ou plusieurs opérations détermi-

nées agissant en totalité ou en partie individuellement en leur nom, dans l'intérêt social, la société prend le nom d'association en participation, accidentelle, momentanée ou anonyme; cette société n'est pas soumise aux formalités prescrites pour la constitution des autres sociétés et peut être prouvée par tout mode de preuve admis pour les contrats commerciaux. Le gérant est le seul qui s'oblige envers les tiers; les autres associés sont obligés uniquement envers cet associé par suite des transactions et obligations sociales contractées dans les conditions précises du contrat; il engage son patrimoine et le fonds social, même s'il s'agit d'obligations personnelles, si les tiers ignoraient la société. En cas de faillite ou de déconfiture du gérant, il est permis au tiers avec lequel il a traité, de compenser tous les comptes qu'il a eus avec lui, alors même que ces comptes seraient ouverts dans des rubriques différentes, avec les fonds figurant à l'un quelconque des dits comptes, même si les autres associés démontrent que ces fonds leur appartiennent, du moment qu'ils ne prouvent pas que le tiers avait connaissance, avant la faillite, de l'existence de la société. V. les lois commerciales de l'univers. v. Brésil.

i) Suisse

De la société simple (v. les art. 530-551 Code des obligations).

La loi suisse n'admet pas la société tacite du droit

allemand. D'après l'article 530, al. 2, la société est simple lorsqu'elle n'offre pas les caractères distinctifs d'une autre société gouvernée par la loi. La société simple diffère des autres sociétés par sa forme, et par le mode de constitution qui peut même être tacite. Elle ne constitue pas un être moral, distinct de la personne des autres associés.

Pour avoir la personnalité juridique, une société doit être inscrite sur un registre de commerce, ce que la société simple est tenue de ne pas faire pour ne pas perdre son caractère. La société simple peut être prouvée par tous les moyens, la forme écrite, ne lui étant pas demandée. Les associés sont tenus de faire un apport. Sauf disposition contraire, les apports doivent être égaux et de la nature et de l'importance qu'exige le but de la société. Le partage des bénéfices et des pertes se fait par tête, sauf convention contraire. Les décisions de la société sont prises du consentement de tous les associés. Lorsque le contrat remet cette décision à la majorité, celle-ci se compte par tête. Tous les associés ont le droit d'administrer à moins que les statuts de la société ne l'aient conféré exclusivement à un ou à plusieurs d'entre eux, soit même à un tiers. Ce droit d'administrer n'appartient pas, en réalité, « à tous les associés » en commun, comme le prévoit le Code allemand pour les associés des sociétés pour affaires isolées, mais chacun d'eux peut administrer séparément. Quand un membre projette une affaire, les

autres peuvent s'opposer à ce qu'elle soit faite et le membre est tenu de ne pas passer outre.

Le gérant, ou les gérants, peuvent traiter en leur nom personnel, et peuvent traiter aussi au nom de tous les associés. Comme on peut voir, cette société n'a pas le caractère occulte de la société en participation du droit français. Quand le gérant a traité en son nom propre, lui seul devient ou créancier ou débiteur ; mais, s'il a traité au nom de tous les autres associés, ceux-ci deviennent solidairement obligés. Puisque la société n'a pas une personnalité juridique, les apports et les autres biens acquis sont en copropriété indivise (1).

j) *Norvège*

La société tacite. — Cette société n'est point du tout une société vis-à-vis des tiers et elle n'a, en conséquence, aucune influence sur le nom de la firme de la société en question (Elle tient le rôle de croupier vis-à-vis d'une autre société). Il y a société tacite lorsque l'apport du membre tacite est transféré en propriété au complémentaire (particulier, ou société de commerce, y compris une société par actions), tandis que l'associé tacite conserve le droit à une action éventuelle en restitution. En compensation, il lui est attribué par le complémentaire une

1. V. Roussel, *Manuel de droit suisse* (Code révisé des obligations, t. III, p. 578-598).

certaine part (un tant pour cent) sur les bénéfices nets de l'entreprise, pendant que l'associé tacite promet au complémentaire de supporter également une certaine part dans les pertes.

Ceci est une circonstance tout à fait interne, qui ne concerne pas le public et dont il n'est permis de faire aucune déclaration au registre de commerce. D'après la loi du 17 mai 1890, les sociétés en commandite doivent être inscrites sur le registre de commerce.

Dans les bons exercices, l'associé tacite sera ainsi rémunéré de son argent avantageusement et, dans les mauvais, il ne recevra rien ou presque rien. La faillite du complémentaire n'a aucune conséquence immédiate pour l'associé tacite ; il est autorisé, comme créancier, à produire à la faillite pour son versement ; il voit seulement sa créance réduite au profit des créanciers de l'entreprise de la part des dettes de l'entreprise qu'il a promis au complémentaire de supporter (1). V. la loi du 17 mai 1890.

k) *Italie*

L'association en participation est un contrat par lequel une personne fait participer une autre personne aux profits et aux pertes de ses opérations commerciales. Ce contrat diffère des autres contrats de société par cela qu'il ne crée pas une personne

1. *Les lois commerciales de l'univers* (V. Norvège, p. 95). Tome XXIII.

juridique. Les contractants peuvent être des personnes physiques ou des collectivités.

Il n'est pas nécessaire qu'ils soient commerçants. L'objet de la participation peut être une ou plusieurs opérations, ou une longue série d'affaires commerciales ; l'importance des affaires ne lui retire pas le caractère de participation. L'objet peut être aussi une opération civile. La participation n'a ni fonds social, ni domicile, ni nom propre. Les choses apportées par les participants passent, en général, dans la propriété du gérant. Il a le droit, comme tout acquéreur, de faire la transcription sur les registres publics, des brevets, des immeubles, des droits d'auteur, etc. ; d'obtenir la livraison des meubles, des titres au porteur, l'endossement des titres à ordre, la cession des titres nominatifs apportés par le participant. Mais il peut être convenu que les choses restent sur la tête des participants, et ce pacte sera opposable aux tiers, s'il résulte des registres publics — pour les immeubles, mais non pour les meubles ; car, pour ce qu'il s'agit de choses meubles, le participant peut se réserver le droit de les reprendre à la fin du contrat, mais ce droit ne peut pas être opposable aux tiers ; car, comme bien l'observe Vivante, il est contraire à la bonne foi de permettre au gérant d'agrandir son crédit et en même temps de permettre au participant de soustraire de l'actif ces choses. C'est par cette distinction que le contrat de commission se distingue du contrat de société en participation. Le gérant, en

traitant avec les tiers, n'engage que son patrimoine renforcé des apports des coparticipants.

Les créanciers du gérant n'ont contre le participant, qui n'a pas effectué son apport, que les actions de celui-ci. L'association ne peut pas être prouvée par témoins, quand un commencement de preuve par écrit fait défaut, et quand la valeur de l'opération qui en constitue l'objet dépasse 500 livres. Dès que l'affaire ou les affaires pour lesquelles la société a été constituée ont pris fin, le gérant, avec des actes justificatifs à l'appui, doit procéder à la liquidation. Les créanciers du gérant ne peuvent employer contre les participants que les actions de celui-ci, mais ils peuvent imposer aux participants de rapporter à la masse les avantages, les compensations conventionnelles, qui leur ont été faits par le gérant si les conditions de l'action paulienne sont accomplies. Le gérant conduit seul la participation, parce que lui seul s'engage sur tout le patrimoine, tandis que les participants ne s'engagent que, tout au plus, jusqu'à la limite de leurs apports ; mais ils peuvent convenir d'admettre la participation des autres participants à la gestion et à la surveillance. Les associés ne sont pas tenus d'attendre la fin de toutes les affaires qui forment l'objet de la participation, surtout quand la société doit continuer plusieurs années ; dans ce cas, on doit partager les bénéfices à la fin de chaque exercice. En cas de perte, si l'apport des participants est rapetissé, ils ne sont pas tenus de le compléter avec les bénéfices qu'ils ont retirés dans les

exercices passés, mais, à l'avenir, ils ne pourront pas toucher des bénéfices, tant que leurs apports ne seront pas complétés par ces bénéfices. L'association en participation n'a pas, comme trait caractéristique d'être occulte; son existence peut être portée à la connaissance du public sans perdre sa nature (1). (V. les articles 233-238. Code de comm.).

l) *Roumanie*

Le Code de commerce roumain de 1887 est la traduction plus ou moins fidèle du Code de commerce italien. L'institution a été gardée avec tous ses caractères. (V. les articles 251-256. Code de comm.)

m) *Hongrie*

(Loi du 19 mai 1875. V. l'art. 62.)

Les associations occasionnelles ne sont pas soumises aux dispositions de la loi des sociétés commerciales. Les membres de ces associations, à moins de conventions différentes, participent dans la même proportion à l'entreprise commune et ils partagent le bénéfice et la perte par tête. Un membre de ces réunions, qui conclut une affaire avec une tierce personne, est seul responsable vis-à-vis d'elle. Mais, s'il agit au nom et sur mandat des autres, ou bien si tous les participants passent des conventions ensemble ou par un fondé de pouvoirs commun,

1. V. Vivante, *Cours de droit commercial*, t. III, n° 820 et s.

il naît entre eux et le tiers des obligations solidaires, actives et passives.

Le gérant doit rendre compte aux autres à la fin de l'affaire. Il est tenu de liquider (1).

n) *Suède*

La loi du 28 juin 1895 divise les sociétés de commerce en deux catégories : sociétés commerciales et sociétés simples. Les sociétés commerciales sont soumises à l'obligation de se faire inscrire sur un registre de commerce, tandis que les sociétés simples qui sont les sociétés en participation, ne sont pas obligées à cette inscription. Si les membres d'une société simple veulent la transformer en société commerciale, ils n'ont qu'à accomplir l'inscription dont nous avons parlé. La loi laisse liberté absolue aux conventions des parties pour déterminer leurs droits et obligations. Les associés peuvent changer leur gérant dans le cas d'incurie dans la gestion, dans le cas d'incapacité, négligence, etc. Le pouvoir de contrôler est consacré par la loi ; les associés ont le droit de vérifier les registres, à moins qu'il n'en doive évidemment résulter quelque obstacle au fonctionnement de la société. La participation aux bénéfices et aux pertes est par tête, sauf disposition contraire des statuts. Si la répartition a été prévue seulement pour les bénéfices, les mêmes dispositions s'appli-

1. *Lois commerciales de l'univers*, t. XXXIII. p. 40.

queront pour les pertes. Une fois l'inventaire fait, le participant peut prendre son bénéfice, et, si la société a donné des pertes dans les exercices passés, on lui retient une somme équivalente pour compléter l'apport, s'il a été entamé. Les dépenses faites au nom de la société comportent de droit un intérêt de 5 o/o, du jour de la dépense. Le même intérêt est payé par un associé qui n'a pas fait un versement qu'il devait faire à la société.

L'associé, qui a commis une faute préjudiciable à la société, bénéficie de la prescription s'il s'est écoulé un an depuis le premier inventaire qui a suivi le fait préjudiciable, ou du jour du partage, dans le cas que la société s'est dissoute sans qu'il soit intervenu aucun inventaire après le fait commis. Les délibérations se prennent avec le consentement de tous les associés, sauf le cas d'urgence, quand un associé peut prendre des dispositions tout seul. Dans le cas où un associé s'oppose à une mesure à prendre, les associés doivent tenir compte de son opposition, ou de l'éliminer de la société ; mais on ne peut prendre que des décisions avec unanimité de voix.

Ces sortes de sociétés ne sont pas tout à fait occultes ; elles peuvent avoir une dénomination pour les désigner. Cette désignation ne doit comprendre aucun nom de personnes, ni la dénomination de société de commerce ; la contravention attire la solidarité de ceux qui sont en faute.

Les règles qui concernent la dissolution et la liquidation des autres sociétés de commerce s'appliquent

aussi aux sociétés simples. Les associés peuvent dénoncer le contrat de société en avisant leurs coparticipants six mois auparavant ; cette pratique s'applique dans le cas de durée indéfinie de la société, ou pour la vie des associés.

Les causes de dissolution sont : la mort d'un associé, ou la faillite, sauf dispositions contraires des statuts qui peuvent stipuler que la société peut continuer avec les associés restants. Pour pouvoir continuer en ces conditions, les associés doivent payer la part de celui qui ne fera plus partie de la société, soit en cas de mort, soit en cas d'exclusion.

Tous les associés doivent prendre part, soit en personne, soit représentés par mandataire, à la liquidation de la société. L'actif est converti en argent — les biens sociaux ne peuvent être aliénés que par la vente aux enchères. Une fois l'actif et le passif connus, on paie les créanciers sociaux, et si l'actif est suffisant pour couvrir tous les apports, chaque associé reprend le sien. S'il reste quelque chose, le partage se fait dans les proportions convenues. Toute action en matière de liquidation ou partage se prescrit par un an (1).

Le groupe de pays dans la législation desquels la société en participation du Code français ne se retrouve du tout ou est tout à fait changée : L'Allemagne, l'Autriche, la Belgique, l'Angleterre.

1. *Annales de législation étrangère*, t. XXV, p. 593 et s. Loi du 28 juin 1895, articles 45-55.

o) *L'Autriche*

De la société tacite et de l'association en vue de faire en commun certaines opérations de commerce isolées.

Des sociétés tacites. — Le Code de commerce autrichien, comme le Code de commerce belge, modifié par la loi du 13 mai 1873, fait la distinction entre les sociétés tacites et les sociétés établies en vue de certaines opérations de commerce isolées. La société tacite a beaucoup de ressemblance avec la société en participation française, mais il y a aussi des différences fondamentales. D'après l'article 250, la société tacite est celle à l'aide de laquelle on s'intéresse, au moyen d'une mise de fonds, aux affaires commerciales d'un tiers, en vue de partager le bénéfice de la perte. La loi (art. 250, al. 2) ne demande pour la constitution, aucune formalité. Le gérant de la société tacite est le propriétaire du fonds de commerce. Il lui est défendu d'employer une raison sociale dans laquelle on puisse trouver le nom du participant, car alors la société doit être inscrite sur le registre de commerce, et, une fois inscrite, elle n'est plus une société tacite (art. 256). Pour trancher toute discussion s'élevant sur le point de savoir à qui appartiennent les apports, la loi fixe que l'apport du participant devient la propriété du gérant (art. 252). Si, entre le

gérant et son participant, n'existe pas une convention sur l'augmentation de l'apport, le gérant ne peut pas lui en demander l'augmentation. Dans le cas que l'apport a été diminué par les pertes que la société a essuyées, le gérant ne peut pas demander à son coparticipant la complotation de son apport (art. 252).

D'après les dispositions de la loi, on voit que le participant n'a pas les qualités d'un vrai associé. Il est participant au bénéfice et c'est tout ; il n'a pas le droit de vérifier à tout moment la marche de la société et prendre des dispositions en commun accord avec le gérant. La loi lui donne le droit de demander le bilan annuel et même de le vérifier (art. 253, al. 1), et seulement pour des motifs graves, avec l'autorisation du tribunal de commerce, il peut demander à tout instant la communication d'un bilan ou d'autres éclaircissements, ainsi que la production des livres et papiers (art. 153, al. 2). La loi tient à fixer que le gérant doit établir, à la fin de chaque exercice, un compte de bénéfices et de pertes, ce qui, dans le droit français, est laissé aux conventions des parties. Le bénéfice de l'associé participant doit lui être versé et, s'il y a des contestations sur le montant, les Juges seront appelés à se prononcer, au besoin en s'appuyant sur un rapport d'experts (art. 255 et 254). Le participant non gérant ne prend part à la perte que jusqu'à concurrence de son apport versé.

Le participant non gérant n'est pas tenu de rever-

ser, par suite des pertes ultérieures, les bénéfices qu'il a encaissés ; toutefois, si son apport a été entamé par des pertes, le bénéfice annuel sera d'abord employé à le reconstituer. Le bénéfice qu'il a négligé d'encaisser n'augmente pas son apport, à moins qu'il n'en ait été convenu autrement (article 255, al. 2 et 3). Le principe de limiter la participation à la perte seulement, jusqu'à concurrence de l'apport du participant, est la compensation du fait que le participant non gérant ne prend pas une part active à la direction de l'affaire. Le gérant seul acquiert des droits et se trouve obligé envers les tiers (art. 256). Les droits du participant à la faillite du gérant sont ceux de tous les créanciers du gérant. Le montant de sa créance est la différence entre son apport et la partie de perte qu'il doit supporter. Si le participant n'a pas effectué son apport, il devra le verser jusqu'à concurrence de la part qu'il doit prendre à la perte (art. 258). Si, dans un an avant la faillite du gérant, la société a été dissoute, les créanciers peuvent demander que l'associé participant soit tenu de rembourser à la masse l'apport qu'il avait retiré, sans préjudice de son droit de faire valoir, comme créancier de la faillite, les créances résultant de l'existence de la société et qui avaient pu lui être acquises au moment de la dissolution. Il en est de même lorsque, dans le laps de temps ci-dessus, l'associé tacite a été remboursé de son apport sans qu'il y ait eu dissolution de la société.

De même encore, lorsque le titulaire du fonds

aura, dans le même délai, fait remise à l'associé de tout ou partie de la perte éprouvée, cette remise restera sans effet à l'égard des créanciers de la faillite.

Mais ces dispositions ne s'appliqueront pas si le participant peut prouver que la cause de la faillite réside dans des circonstances qui ne se sont produites que postérieurement à la dissolution.

Ces mesures contre la fraude, nous rappellent les mesures prises par le Code de commerce français dans les articles 446 et suivants concernant la faillite.

La société tacite est dissoute : par la mort du titulaire du fonds de commerce, à moins que la convention ne porte que la société continuera avec les héritiers ; par l'incapacité légale dans laquelle se trouverait le titulaire du fonds ; par l'ouverture de la faillite du titulaire du fonds ou l'associé participant ; par consentement mutuel ; par l'expiration de la durée pour laquelle la société avait été formée, à moins qu'elle n'ait été tacitement prorogée, dans ce cas, l'acte de la société vaut, à partir de ce moment, comme conclu pour une durée indéterminée ; par la dénonciation de l'une ou de l'autre des parties si la durée de la société est indéfinie. La société conclue pour la vie durant est censée formée pour une durée indéterminée (art. 261). La dénonciation d'une société, à défaut de convention contraire, doit être faite au moins six mois avant la clôture de l'exercice courant.

Pour des motifs graves, laissés à l'appréciation du juge, la société peut prendre fin avant le temps fixé

par les parties. La dissolution de la société ne peut pas être demandée à cause du décès ou de l'incapacité de l'associé tacite. A la dissolution, le liquidateur de droit est le gérant.

Comme conclusion, nous pouvons dire que le Code autrichien a prévu et légiféré toutes les hypothèses qui peuvent se rencontrer dans une société durant sa vie. C'est la loi la plus complète que nous connaissons.

De l'association pour faire en compte commun des opérations isolées (art. 263-270). — Cette variété de société se conduit par les mêmes principes que la société momentanée belge, telle qu'elle a été votée par la loi du 13 mars 1873. Les associés sont tenus de prendre une part égale aux opérations communes. L'objet de cette société est « une ou plusieurs opérations isolées », c'est-à-dire que les associés ne peuvent embrasser une branche de commerce ou d'industrie. La participation aux bénéfices et aux pertes se fait par tête, et, pour ne pas avantager ceux qui ont apporté des petits apports, on payera des intérêts à tous les apports. Cette disposition de partager les bénéfices par tête est un hommage fait au travail, que la loi française a un peu dédaigné, puisque dans l'article 1853, alinéa 2 du Code civil, la part de celui qui apporte seulement son industrie est égale à la part de celui qui a effectué le plus petit apport.

Les affaires que l'un des participants a traitées avec un tiers, ne font acquérir de droit qu'à lui et n'en-

gagent que lui vis-à-vis de ce tiers. Si l'un des participants a traité au nom et avec les pouvoirs des autres, ou si tous ont agi en commun, chacun d'eux est engagé solidairement à l'égard des tiers. A la fin des affaires pour lesquelles cette société était conclue, celui qui l'a dirigée est chargé de la liquider. Cette société ne diffère, d'après ce qu'on voit, de la société en nom collectif, que par l'objet et par le fait que les associés ne peuvent pas se servir d'une raison sociale.

p) *Allemagne*

Société tacite. — Si une personne, appelée associé tacite, veut prendre part, en qualité d'associé, au commerce d'une autre personne appelée gérant, elle doit verser à cette dernière un apport, et cet apport devient la propriété du gérant. Le gérant, propriétaire du fonds de commerce, acquiert seul des droits et contracte des obligations du fait de son exploitation commerciale (art. 335 C. com. all).

L'associé tacite prend part aux bénéfices et aux pertes, d'après la convention. On peut convenir qu'il ne participera pas aux pertes ; mais on ne peut pas convenir qu'il ne participera pas aux bénéfices (art. 336 C. com. all).

Le partage des profits se fera chaque année, à la fin de l'exercice, et l'associé tacite recevra ce qui lui revient. Il n'est tenu des pertes qu'à concurrence de l'apport par lui versé ou promis. Par suite de

pertes ultérieures, l'associé tacite n'est point obligé de rembourser les bénéfices qu'il aurait encaissés, cependant, à l'avenir, il ne touchera plus de bénéfices jusqu'à ce que son apport, diminué par les pertes, ne soit pas complété.

Sauf convention contraire, les bénéfices qui n'ont pas été perçus par l'associé tacite, augmentent son apport (art. 337 C. com.).

L'associé tacite, à l'exclusion des associés des autres sociétés (v. l'art. 716 C. com. all), n'a pas le droit de demander à tout moment la production des livres et papiers du gérant. Seulement, pour des motifs graves, le tribunal pourra ordonner à tout moment la communication du bilan et d'autres renseignements. A la fin de l'année, l'associé tacite a le droit de demander la communication du bilan annuel et de vérifier son exactitude en compulsant les livres (art. 338 C. com.). La société n'est pas dissoute par le décès de l'associé tacite.

La société tacite peut prendre fin, par la manifestation de la volonté de l'associé tacite ; mais, si celui-ci veut dissoudre la société, il doit se conformer aux dispositions de l'article 722 du Code commercial allemand. Seulement, en cas de motifs graves, la société peut être dissoute sans aucun délai (art. 339 C. com.). Si la société a pris fin, le propriétaire avec l'associé tacite doivent liquider et rembourser en argent à l'associé tacite la part qui lui revient. Le gérant doit terminer les affaires en suspens (art. 340).

En cas de faillite du gérant, l'associé tacite peut

produire, en qualité de créancier de faillite, pour le montant de son apport autant que celui-ci dépasse la part de pertes qui lui incombe. — Si l'associé tacite n'a pas versé son apport, il devra le remettre à la masse jusqu'à concurrence de la somme nécessaire pour couvrir sa participation aux pertes (art. 341).

Si, dans l'année qui a précédé l'ouverture de la faillite, le propriétaire du fonds de commerce, en vertu d'une convention intervenue entre lui et l'associé tacite, lui a restitué une partie ou tout l'apport, ou lui a fait remise de participation aux pertes, le syndic de la faillite pourra attaquer cette restitution ou cette remise. Mais, si l'associé tacite peut prouver que la faillite a été motivée par des faits postérieurs à la convention de remboursement ou de remise, l'action du syndic n'a aucun effet. C'est une disposition analogue avec celle contenue dans l'article 446 et suivants du Code de commerce français (art. 342) (1).

Il n'y a pas de dispositions spéciales pour la société momentanée. Cette société est gouvernée par les principes généraux contenus dans les articles 705-740 du Code civil allemand promulgué le 18 août 1896 et mis en vigueur à partir du 1^{er} janvier 1900.

q) Belgique.

Les auteurs belges, en étudiant les œuvres des anciens écrivains de droit français et les travaux

1. V. Cosack, *le Droit commercial*. Tome III, § 112, p. 102.

préparatoires du Code de commerce français, qui est aussi leur Code sont arrivés à la conclusion que ce que le Code français définit avec la dénomination de société en participation, contient deux situations juridiques différentes. Une de ces situations a été dénommée « Association en participation » — C'est la société en participation du Code français.

L'autre situation a été baptisée du vieux nom donné par Savary, à la société en participation, avec le nom d'*Association momentanée*. Voilà l'article la concernant : « L'association momentanée est celle qui a pour objet de traiter, sans raison sociale, une ou plusieurs opérations de commerce déterminées. »

La différence entre cette société momentanée et la société en participation, c'est que la société momentanée a pour objet une ou plusieurs opérations de commerce spéciales et déterminées. C'est la conception de la jurisprudence des cours et des tribunaux français d'avant l'an 1876. Les associés de la société momentanée ne peuvent pas traiter sous une raison sociale ; ils doivent traiter en leurs noms individuels. Si les associés de cette société veulent traiter une série d'affaires successives, qui forment une branche de commerce ou d'industrie, par ce fait, la société perd son caractère et devient une société en nom collectif. La même solution s'ensuivra si les associés traiteront sous une raison sociale, même pour « une ou plusieurs affaires déterminées ».

L'association en participation, même après la réforme de 18 mai 1873, a gardé le caractère qu'elle

avait dans le Code belge, c'est-à-dire qu'elle est identiquement la société en participation du Code français.

Le même objet, les mêmes droits et les mêmes obligations des associés que dans le Code français ; d'ailleurs les termes de la loi sont les mêmes (1). (V. les articles 108-110 C. comm.).

1) Angleterre

Le droit anglais ne connaît pas une société occulte analogue à la société en participation du Code français. Mais, pour satisfaire au désir de ceux qui ne veulent pas être connus du public, toute société admet des associés secrets « sleeping partners » associés dormeurs. Quand les sociétés qui ont des sleeping partners sont mises en faillite, les personnes intéressées peuvent employer tous les moyens de preuve pour prouver l'existence et la qualité de ces associés. D'ailleurs le droit anglais emploie la preuve testimoniale en toute matière. La loi du 20 août 1867 (2), qui permet l'existence d'associés à responsabilité limitée a amoindri le nombre des sleeping partners. Jusqu'à cette loi, leur nombre était grand, puisque la responsabilité de droit commun étant la responsabilité illimitée et solidaire, les associés qui

1. V. *Commentaire législatif de la loi du 18 mai 1873 sur les sociétés commerciales en Belgique*, par Jules Guillery, Bruxelles, 1878.

2. Cette loi a été remplacée par la loi de 1907.

voulaient ne pas s'exposer à cette responsabilité et la limiter, prenaient la qualité d'associés dormeurs.

Il y a une variété de sociétés qu'on appelle des « Lloyds », qui sont employées souvent en matière d'assurance, et qui ne sont pas personnes morales — un trait qui les rapproche des sociétés en participation. Mais les membres de ces « Lloyds » ne créent pas une société occulte. Ces sociétés n'ont pas un gérant qui cache leur existence.

Vu : le Président de la thèse,
Ch. LYON-CAEN

Vu le Doyen
LARNAUDE

Vu et permis d'imprimer
Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris
L. LIARD

TABLE DES MATIÈRES

	Pages
INTRODUCTION	5
Les Articles du Code de commerce concernant la société en participation.....	6
CHAPITRE PREMIER. — Introduction historique	6
L'Esprit d'association.....	6
L'Association chez les Grecs.....	8
L'Association en participation chez les Romains et en Italie.....	10
Les Sociétés en participation en France.....	14
CHAPITRE II. — La Société en participation dans le Code de commerce de 1807	19
La Société en participation est-elle une société?..	19
Le Caractère propre à la société en participation. La Société est occulte.....	24
La Société en participation ne forme pas un être moral.....	32
Quels sont les articles des Codes qui gouvernent les sociétés en participation?.....	40
a) L'Apport.....	41
Quel est le propriétaire des apports dans la société en participation.....	42
La Perte des choses déterminées.....	49
b) But.....	49
CHAPITRE III. — Formation du contrat de société en participation	51
Le Consentement des parties.....	52

L'Objet de la société en participation.....	52
Les Moyens par lesquels on peut prouver la société en participation.....	54
a) Correspondance.....	55
b) Registres de commerce.....	56
c) Acte écrit.....	57
d) Témoins.....	58
e) Aveu.....	59
f) Serment.....	59
g) Présomptions graves, précises et concordantes.	59
Siège social.....	60
Raison sociale.....	62
Signature sociale.....	62
L'Assignation en justice.....	63
CHAPITRE IV. — Le Fonctionnement de la société en participation.....	64
Le Gérant. Les rapports des participants entre eux.	64
Les Rapports du gérant avec les autres associés...	66
Les Rapports du gérant et des associés avec les tiers.....	74
La Société en participation et la faillite.....	82
La Masse des créanciers.....	83
Dissolution de la société en participation.....	88
a) Causes de dissolution de plein droit.....	88
b) Causes de dissolution facultatives.....	91
c) Dissolution judiciaire.....	92
Liquidation.....	92
a) Les Pouvoirs du liquidateur.....	93
b) Règlements périodiques des profits et pertes.	94
Partage.....	95
Opération du partage.....	99
Les sous-participants.....	99
L'Autorité compétente pour décider si une société est une société en participation.....	100
L'Utilité de l'emploi des sociétés en participation..	105
La Société en participation employée comme moyen de fraude pour tourner la loi du 24 juillet 1867.	107

CHAPITRE V. — Contrats qui ont une ressemblance avec le contrat de société en participation.....	113
Le Contrat de prêt a intérêt avec clause de parti- cipation aux bénéfices.....	114
Le contrat de louage de service avec clause de participation aux bénéfices.....	117
Syndicat d'émission.....	121
CHAPITRE VI. — Le Droit fiscal des sociétés en parti- cipation. — Le Timbre. — L'Enregistrement...	124
L'Impôt sur le revenu..	128
CHAPITRE VII. — La Société en participation et le pro- jet de M. Poulle.....	133
Notre proposition.....	139
CHAPITRE VIII. — La Société en participation dans le droit comparé :.....	142
a) Espagne.....	142
b) Colombie.....	143
c) Serbie, Monaco, Pays-Bas, Monténégro.....	144
d) Bulgarie.....	144
e) Turquie.....	144
f) Équateur.....	145
g) Vénézuéla.....	146
h) Brésil.....	146
i) Suisse.....	147
j) Norwège.....	149
k) Italie.....	150
l) Roumanie.....	153
m) Hongrie.....	153
n) Suède.....	154
o) Autriche.....	157
p) Allemagne.....	162
q) Belgique.....	164
r) Angleterre.....	166

